

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**O EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO DA IMPUGNAÇÃO
DOS ATOS DE ADJUDICAÇÃO NO CONTENCIOSO
PRÉ-CONTRATUAL**

Maria Inês Fonseca Vaz Pereira Alves

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Direito Administrativo

2018

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**O EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO DA IMPUGNAÇÃO
DOS ATOS DE ADJUDICAÇÃO NO CONTENCIOSO
PRÉ-CONTRATUAL**

Maria Inês Fonseca Vaz Pereira Alves

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Direito Administrativo

Orientadora: Professora Doutora Ana Fernanda Ferreira Pereira Neves

2018

Agradecimentos

A Deus;

Aos meus pais, pela educação, pelas oportunidades, pelo apoio e por tantos valores e ensinamentos que me enriquecem enquanto filha e enquanto pessoa;

À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e em particular à Professora Doutora Ana Neves, por um acompanhamento constante e pela paciência e dedicação enquanto orientadora desta tese, demonstradas em sugestões e em críticas construtivas;

Aos meus amigos em Portugal e no Brasil pelo apoio e paciência ao longo de todo este processo.

Resumo

A tutela cautelar no contencioso pré-contratual tem evoluído muito nos últimos 30 anos, desde a vigência da LPTA até à mais recente revisão do CPTA. Na UE a evolução da contratação pública no mercado único europeu levou à criação das primeiras Diretivas recursos. Com o tempo, o legislador europeu verificou que estas Diretivas não atingiram o propósito garantístico de recurso que se pretendia. As entidades adjudicantes recorriam a um conjunto de práticas nocivas como, o recurso aos ajustes diretos ilegais e a “corrida à assinatura do contrato”, além disso, existia um défice de tutela jurisdicional dos participantes em procedimentos de contratação pública, no que respeitava à possibilidade de impugnação, em momento útil do ato de adjudicação. Também se os interessados recorressem à tutela indemnizatória percebiam uma tendência para a jurisprudência fixar de forma muito restritiva as indemnizações a atribuir. Para resolver estes problemas surgiu a Diretiva 2007/66/CE, que introduziu o período de *standstill*, o efeito suspensivo e a privação de efeitos do contrato.

O total cumprimento das exigências desta Diretiva, apenas se verificou em Portugal com o Decreto-Lei nº 214-G/2015, de 02 de Outubro, que procedeu a uma revisão do CPTA. Este atribui um efeito suspensivo automático *ope legis* à ação de impugnação dos atos de adjudicação, mas prevê a possibilidade de levantamento desse efeito através do incidente de levantamento do efeito suspensivo.

Para os outros atos que não o de adjudicação, o legislador fixou o mecanismo das medidas provisórias. Este regime é muito flexível, não fixa prazos, impõe o respeito pelo contraditório, o requerimento destas medidas não tem efeito suspensivo automático e o tribunal pode decretar uma medida diferente da que foi requerida. Passaram-se dois anos desde a entrada em vigor destas alterações mas os resultados no que toca à justiça pré-contratual ainda são insuficientes

Palavras-Chave: Contencioso Pré-Contratual; Diretivas Recursos; Ato de Adjudicação; Efeito Suspensivo; Medidas Provisórias.

Abstract

Preventive injunction in pre-contractual litigation has evolved a lot in the last 30 years, from the LPTA to the most recent CPTA review. In the EU the evolution of public procurement in The European Single Market has led to the creation of the first Remedies Directives. Over time, the European legislator found that these Directives did not achieve the intended guarantee purpose. The contracting authorities used a number of harmful practices, such as the use of the illegal direct award and “the race to sign contracts”, besides that, there was a deficit of judicial protection of participants in public procurement procedures, with regard to the possibility of contest, at the relevant time of the adjudication act. Also, if the parties concerned resort to compensatory protection, they perceive a tendency for the jurisprudence to establish very restrictively the indemnity to be awarded. In order to solve these problems emerged the Directive 2007/66 / EC, which introduced the *standstill period*, the suspensive effect and the ineffectiveness.

The full compliance with the requirements of this Directive was only verified in Portugal with The Decree-Law nr. 214-G/2015, of 2 October, which altered the CPTA. This Decree-Law assigns an automatic suspensive effect *ope legis* to the actions to contest the adjudication acts, but provides for the possibility of lifting that suspensive effect

For the other acts, the legislator established the mechanism of provisional measures. This regime is very flexible, does not set deadlines, imposes respect by contradictory, the application of these measures does not have automatic suspensive effect and the court may enact a measure different from that required. Two years have passed since these amendments, but the results in pre-contractual justice are still insufficient.

Keywords: Pre-Contractual Litigation; Remedies Directives; Adjudication Act; Suspensive Effect; Provisional Measures.

Índice

Introdução	11
Parte I - A evolução histórica da tutela jurídica no contencioso Pré-Contratual até ao CPTA.....	17
Capítulo 1.º - Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (LPTA).....	21
Capítulo 2.º - O Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio	22
Capítulo 3.º - A Lei n.º 15/2002 de 22 de Fevereiro (CPTA) e as alterações efetuadas pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro	25
Capítulo 4.º - Entrada em vigor do CPTA.....	27
Secção 1.ª - A dicotomia Ação Administrativa comum e Ação Administrativa especial no CPTA e o artigo 100.º.....	29
Secção 2.ª - Prazo	33
Secção 3.ª - Tramitação	34
Secção 4.ª - O artigo 132.º	37
Parte II - As Diretivas Recursos	41
Capítulo 1.º - As primeiras Diretivas recursos — 89/665/CEE e 92/13/CEE..	43
Capítulo 2.º - A Diretiva 2007/66/CE	45
Capítulo 3.º - O Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro e a insuficiente transposição da Diretiva 2007/66/CE	51
Parte III - Revisão do CPTA - Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro... ..	59
Capítulo 1.º - Principais alterações no Regime do contencioso Pré-Contratual – Artigos 100.º a 102.º	59
Capítulo 2.º - Impugnação dos documentos conformadores do procedimento	67
Parte IV - O Novo Artigo 103.º- A do CPTA	73
Capítulo 1.º - O efeito suspensivo automático e o reforço da posição jurídica do impugnante	76
Secção 1.ª - A possibilidade ou não de decretamento de outras medidas provisórias pelo juiz	80
Secção 2.ª - A citação.....	81
Secção 3.ª - O efeito suspensivo automático nos casos em que não é aplicável o período de <i>standstill</i> ou em que este já terminou.....	84
Secção 4.ª - Requerimento de ampliação do objecto de um processo	86

Capítulo 2.º - Incidente de levantamento do efeito suspensivo.....	87
Secção 1.ª - O Prazo	88
Secção 2.ª - A ponderação do juiz e a decisão sobre o levantamento do efeito suspensivo	91
Secção 3.ª - Artigo 287.º do CCP e formas de reação contra o efeito suspensivo	95
Capítulo 3.º - O efeito do recurso das decisões sobre o levantamento ou não do efeito suspensivo automático	100
Capítulo 4.º - O novo Artigo 103.º- B do CPTA	104
Conclusão	107
Bibliografia.....	113

Introdução

A tutela cautelar no quadro do contencioso pré-contratual tem evoluído muito nestes últimos 30 anos. Durante a vigência da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos¹ o contencioso pré-contratual não tinha autonomia processual e a tutela cautelar na contratação pública era praticamente restrita à suspensão da eficácia do ato².

Enquanto isso, a área da contratação pública foi uma das que mais cresceu no âmbito do mercado único europeu. Este papel de destaque assumido, pela contratação pública na construção do projeto europeu, conduziu ao aparecimento de uma ampla convergência normativa europeia das regras jurídicas substantivas, operada pelas Diretivas que vieram regular a coordenação dos procedimentos de adjudicação relativos a diversos tipos de contratos públicos em distintos setores³. No entanto, a heterogeneidade e ineficácia destes mecanismos de tutela nos diversos Estados-Membros estavam a viciar a eficácia das normas europeias da contratação pública e a afetar o regular funcionamento do mercado interno. Por isso o legislador europeu percebeu que era imperativo a criação de um conjunto uniforme de regras capazes de conferir uma tutela efetiva aos potenciais candidatos/concorrentes. Foi neste contexto que surgiram as primeiras Diretivas recursos⁴

Também em Portugal a contratação pública cresceu e adquiriu um peso muito importante na nossa economia. Por isso a doutrina clamava por uma tutela jurisdicional efetiva nos procedimentos pré-contratuais. Mas só em 1998,

¹ Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho.

² Artigo 76º e seguintes da LPTA.

³ Atualmente encontram-se em vigor, as Diretivas 2014/23/UE, de 26 de Fevereiro relativa à adjudicação de contratos de concessão, a Diretiva 2014/24/UE, de 26 de Fevereiro relativa aos contratos públicos e a Diretiva 2014/25/UE, de 26 de Fevereiro relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

⁴ A Diretiva 89/665/CEE, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos e a Diretiva 92/13/CEE, de 25 de Fevereiro, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitária em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, na sua versão atualizada.

por pressão do direito da União Europeia, surgiu o Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Julho, relativo à tutela jurisdicional em matéria de formação dos contratos de empreitada de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens, que introduziu uma verdadeira alteração de paradigma.

Com a Lei n.º 15/2002 de 22 de Fevereiro, foi aprovado o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)⁵. No entanto, menos de um ano depois, a Lei 4-A/2003, de 19 de Fevereiro que procedeu a alterações no CPTA e ETAF adiou a entrada em vigor destes dois diplomas para 1 de Janeiro de 2004⁶.

Este diploma também fez importantes alterações ao regime do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio⁷. O legislador reconheceu a importância deste Decreto-Lei no cumprimento das Diretivas Recursos e entre as principais alterações feitas neste diploma estão, o âmbito de aplicação objetivo; o âmbito de aplicação subjetivo e o prazo, pondo fim às principais críticas que a doutrina lhe fazia.

Em 2004 (1 de Janeiro) entrou em vigor o CPTA e o contencioso pré-contratual ganhou autonomia própria. Era um processo urgente, cujo regime se encontrava regulado nos artigos 100.º a 103.º do CPTA.

Quanto à tutela cautelar, o CPTA institui um regime específico para os procedimentos relativos à formação de contratos (artigo 132.º). Essa tutela, passou a ponderar os interesses do contrainteresado (adjudicatário), e o critério da aparência do bom direito (*fumus bonis iuris*).

Enquanto isso, as instituições europeias, com o passar dos anos constataram que os mecanismos das primeiras Diretivas recursos não estavam a conseguir alcançar os objetivos traçados. Era então necessária uma reforma legislativa. Esta aconteceu em 2007, com a Diretiva n.º 2007/66/CE, de 11 de Dezembro de 2007, que veio modificar as anteriores Diretivas n.º 89/665 CEE e 92/13/CEE. Esta nova Diretiva, tal como as anteriores estava animada, mais uma vez, pela lógica de melhorar a eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos, e procurou resolver três problemas considerados fundamentais que se tinham registado ao longo dos anos.

⁵ E revogado o Decreto-Lei nº 267/85 (LPTA).

⁶ O artigo 2.º da Lei n.º 4-A/2003 deu nova redação ao artigo 7.º.

⁷ Sendo que estas alterações entraram em vigor no dia seguinte ao da sua publicação ao contrario do que aconteceu com o CPTA, VIDE artigos 5.º e 7.º da Lei n.º 4-A/2003.

Após esta nova Diretiva os Estados – Membros tinham de proceder à sua transposição para a ordem jurídica interna. Foi com esse objetivo, que surgiu o Decreto-Lei nº 131/2010, de 14 de Dezembro, que no seu preâmbulo enunciava o propósito de transpor integralmente a Diretiva. No entanto, essa intenção apenas se concretizou no plano substantivo, nomeadamente, através da redação do artigo 104.º n.º1 alínea a) do Código dos Contratos Públicos (período de *standstill*⁸), mas absteve-se de introduzir no plano processual (CPTA) a previsão do efeito suspensivo automático que era imposto no artigo 2º n.º 3 da Diretiva⁹. Ou seja este Decreto-Lei mostrou-se insuficiente para garantir as exigências europeias.

Foi apenas com a revisão do CPTA, efetuada pelo Decreto-Lei nº 214-G/2015, de 02 de Outubro, que o novo artigo 103º-A, passou a associar um efeito suspensivo automático à impugnação dos atos de adjudicação e que, - o também novo artigo 103.º-B introduziu um regime inovador de adoção de medidas provisórias no âmbito do próprio processo do contencioso pré-contratual.

Nas duas últimas partes desta dissertação eu pretendo, exatamente, debruçar-me sobre esta importante (e há muito pedida) revisão do CPTA, falando sobre as principais alterações e inovações que ela introduziu no regime do contencioso pré-contratual. Vou deter-me sobretudo nas alterações ao regime dos documentos conformadores do procedimento, que ganharam um artigo próprio (artigo 103.º), e claro, com maior destaque no novo artigo 103.º-A, que veio finalmente dar cumprimento à exigência da Diretiva recursos, conferindo um efeito suspensivo automático às ações que tenham por objeto a impugnação dos atos de adjudicação. Mas como veremos, o legislador nesta revisão foi além das exigências da Diretiva, conferindo o efeito suspensivo automático (artigo 103.º-A, n.º 1) mesmo quando já tenha expirado o período de *standstill* (e até mesmo nos casos em que este período não se aplique) e

⁸ Dando assim cumprimento ao artigo 2º, n.º 2 da Diretiva nº 2007/66/CE, de 11 de Dezembro de 2007.

⁹ Este artigo tem a seguinte redação: *“Caso seja interposto recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato para um órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante, os Estados-Membros devem assegurar que a entidade adjudicante não possa celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso. A suspensão não pode cessar antes do termo do prazo suspensivo a que se referem o n.º. 2 do artigo 2º.-A e os n.º 4 e 5 do artigo 2º.-D”.*

estendendo o efeito suspensivo automático à execução do contrato nos casos em que este já tenha sido celebrado. Ou seja o legislador procedeu assim a um alargamento da tutela do impugnante, tentando acabar com o défice de tutela jurisdicional efetiva de que este padecia anteriormente. Sobre o efeito suspensivo irei falar de outras possibilidades que o legislador poderia ter optado em vez do efeito suspensivo automático, como a suspensão a pedido do autor (que teria a natureza de um direito potestativo) e a eventual criação de uma entidade administrativa independente com poderes parajudiciais, que resolvesse de forma célere os litígios, à semelhança do que já se verifica em Espanha.

Pretendo, com esta dissertação, tratar da evolução da tutela jurídica do contencioso pré-contratual no direito português considerando o disposto no Direito da União da Europeia. Qual o papel das primeiras Diretivas recursos na eficácia da tutela jurídica em matéria de adjudicação de contratos públicos? Quais os principais problemas verificados no direito da contratação pública aquando da reforma operada pela Diretiva 2007/66/CE? Quais os mecanismos que esta Diretiva prevê para tentar acabar com estes problemas? O que é a cláusula de *standstill*? O que é o efeito suspensivo? Quais as principais alterações, no contencioso pré-contratual, efetuadas pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de Outubro? Em que consiste o efeito suspensivo automático? O que é o incidente de levantamento do efeito suspensivo? Como deve ser feita a ponderação entre o levantamento ou o não levantamento do efeito suspensivo? Quais as principais diferenças entre o mecanismo do efeito suspensivo automático (artigo 103.º-A) e o mecanismo das medidas provisórias (artigo 103.º-B)? Dois anos passados desde esta reforma quais os resultados verificados?

Estas são algumas das perguntas que esta dissertação pretende dar resposta. Para isso, organizarei a minha dissertação em IV partes. Começo, na I parte por falar da evolução histórica da tutela jurídica no contencioso pré-contratual desde a vigência da LPTA até à entrada em vigor do CPTA em 2004. Em seguida, na II parte, falarei das primeiras Diretivas Recursos, da sua insuficiência para garantir a eficácia do recurso em matéria de adjudicação dos contratos públicos e por conseguinte da necessária reforma operada pela Diretiva 2007/66/CE. Ainda nesta parte tratarei do Decreto-Lei n.º 131/2010, de

14 de Dezembro e da falta de transposição das exigências das Diretivas Recursos no plano processual. Na parte III, tratarei das principais alterações promovidas no CPTA pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de Outubro em matéria de contencioso pré-contratual, em particular das impugnações dos documentos conformadores do procedimento. Finalmente, na parte IV tratarei detalhadamente, do efeito suspensivo automático da impugnação dos atos de adjudicação (artigo 103.º-A) e do mecanismo das medidas provisórias (Artigo 103.º-B).

Parte I

A evolução histórica da tutela jurídica no contencioso Pré-Contratual até ao CPTA

Antes da vigência do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), o contencioso administrativo em Portugal, não estava sujeito a qualquer codificação, deste modo, a disciplina processual nos tribunais administrativos era essencialmente¹⁰ regulada pela Lei dos Processos nos Tribunais Administrativos (LPTA)¹¹ e pelo então vigente Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF)¹².

O contencioso administrativo era na altura um regime de matriz meramente cassatória, onde o recurso contencioso de anulação era o meio processual por excelência, nele praticamente se resumindo todo o contencioso administrativo. O contencioso pré-contratual não tinha autonomia processual, não existindo uma medida cautelar específica a não ser a tradicional suspensão da eficácia do ato¹³.

A chamada “contratação pública”, entendida em sentido amplo, abrangendo não só a aquisição ou locação de bens e serviços, mas também o regime jurídico das empreitadas de obras públicas, tem um peso muito relevante numa economia como a nossa. Por essa razão os procedimentos pré-contratuais são objeto da atenção muito especial dos candidatos ou concorrentes interessados, na adjudicação, que lhes dará o direito potestativo à celebração do contrato¹⁴.

Por sua vez, os procedimentos pré-contratuais - enquanto procedimentos administrativos que permitem à administração escolher o seu co-contratante para a prossecução do interesse público - têm como característica a celeridade a par de uma lógica muito própria de expurgação dos vícios em cada fase do

¹⁰ Diz-se essencialmente porque existiam noutros diplomas legais, normas de natureza processual tais como a Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo, o Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo e algumas normas do Código Administrativo.

¹¹ Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85 de 15 de Julho.

¹² Constante do Decreto-Lei n.º 129/84 de 27 de Abril.

¹³ Encontrava-se regulada no artigo 76º e seguintes da LPTA.

¹⁴ DIAS, Paulo Linhares – *O contencioso pré-contratual no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 12 de Outubro de 2005, disponível em https://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=64444&ida=64451 [consult. 10 Set. 2017].

procedimento, o que justificava uma tutela cautelar específica, porque entre a adjudicação e celebração do contrato, se não fossem tomadas medidas preventivas, quando o processo viesse a ser decidido, já o contrato teria sido celebrado e até executado, cabendo nessa altura ao lesado, recorrer à tutela indemnizatória, percorrendo um longo caminho pelos tribunais administrativos.

Na doutrina nacional há muito havia quem - clamasse por uma tutela jurisdicional efetiva nos procedimentos pré-contratuais¹⁵, no entanto o Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, só surgiu por imposição comunitária da transposição das Diretivas recursos e sob ameaça de propositura de ação contra o Estado português por incumprimento¹⁶.

As chamadas Diretivas Recursos (Diretiva n.º 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro, referente aos procedimentos para a formação dos contratos para a aquisição e locação de bens e serviços e de empreitadas de obras públicas, e a Diretiva n.º 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de Fevereiro, referente aos chamados setores especiais da contratação pública), impunham aos Estados-membros a adoção de medidas que corrigissem a ilegalidade resultante da violação do direito comunitário nelas¹⁷ disposto ou no direito nacional resultante da transposição dessas mesmas Diretivas. Impunham a concretização de uma tutela jurisdicional, não só ao nível da anulação dos atos ilegais, mas também obrigando a uma tutela cautelar para impedir que os atos ilegais produzissem efeitos lesivos para os particulares.

Numa primeira fase, o Estado português, defendeu que a legislação vigente, (o regime da impugnação de atos administrativos e de impugnação de normas previstos na LPTA, bem como as medidas cautelares aí previstas, aliadas aos meios de tutela graciosa previstos nos diplomas da contratação pública), asseguravam de modo adequado as disposições da Diretiva n.º 89/665/CEE, de 21 de Dezembro¹⁸. Posteriormente, do próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio¹⁹, resultou a “confissão”, de que este diploma visaria

¹⁵ ESTORNINHO, Maria João – *A propósito do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, e das alterações introduzidas ao regime de contencioso dos contratos da administração pública*, Cadernos de Justiça Administrativa, Cejur, n.º 11, Setembro/Outubro 1998, p.3.

¹⁶ Vide DIAS, Paulo Linhares- *op. cit.*

¹⁷ Nas Diretivas substantivas, Vide nota 3.

¹⁸ Vide DIAS, Paulo Linhares- *op. cit.*

¹⁹ Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/522379/details/normal?p_p_auth=BISa1zyu

colmatar a insuficiência de tutela jurisdicional pelos meios existentes, ao mesmo tempo que se adequava ao artigo 268º n.º 4 da CRP²⁰.

Do regime do contencioso pré-contratual, previsto no Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio²¹, destacam-se três grandes novidades: a forma de processo urgente e obedecendo a uma tramitação própria e específica; a consagração de medidas cautelares para evitar a produção de efeitos lesivos e a consagração de garantias de carácter administrativo.

A Lei n.º 15/2002 de 22 de Fevereiro aprovou o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) e revogou o Decreto-Lei nº 267/85 (LPTA). No entanto a Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro que procedeu a alterações no CPTA e ETAF adiou a entrada em vigor destes dois diplomas para 1 de Janeiro de 2004. Este diploma fez importantes alterações também ao regime do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio (sendo que estas alterações entraram em vigor no dia seguinte ao da sua publicação ao contrario do que aconteceu com o CPTA), como referido.

O legislador reconheceu assim a importância do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, no cumprimento das Diretivas Recursos e na concretização do disposto no artigo 268º n.º 4 da CRP e sabendo das deficiências que eram apontadas a este diploma, procedeu à sua correção na nova Lei 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, determinando, a sua imediata entrada em vigor. Entre as principais alterações neste diploma contam-se: o âmbito de aplicação objetiva; o âmbito de aplicação subjetiva e o prazo (pondo fim às principais críticas da doutrina) como já referido.

Podemos concluir que o Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, na sua fase inicial, a que se seguiram as alterações introduzidas pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro (vigência transitória), constituíram o primeiro regime do contencioso pré-contratual e uma antecâmara do regime do CPTA.

²⁰ Aditado pela revisão constitucional de 1997.

²¹ Assim *in Public Procurement Network Public Procurement in Europe* (http://forum.govex.be/pdf/public_procurement_in_europe.pdf), p. 155, sobre Portugal dizia-se, na vigência do Decreto-Lei n.º 134/98:

"In Portugal there are no special appeal procedures for public procurement cases, a proper measure has to be pleaded before the Court of Justice or the Administrative Court of Justice, depending on the nature of the complaint. If a violation is to be examined, the interested party has to appeal either immediately before the public authority (hierarchic appeal - reclamação hierárquica) or to the Administrative Court of Justice (litigious appeal recurso contencioso). If there is an appeal for damages, it has to be also presented before a civil court."

Com a entrada em vigor do CPTA (1 de Janeiro de 2004), o contencioso pré-contratual ganhou autonomia própria - era o único processo administrativo com consagração expressa na lei adjetiva - na Secção II, do Capítulo I, do Título IV, destinado aos processos urgentes²². Na vigência do regime do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, o conceito de processo urgente confundia-se e extinguia-se no conceito de processo cautelar, na medida em que estes tinham carácter urgente, o que implicava uma tramitação própria (caracterizada pela celeridade processual) bem como a não suspensão dos prazos durante as férias judiciais. Todavia, o “processo urgente” era uma característica dos processos cautelares e não propriamente uma categoria de processos, ao invés do que aconteceu com o CPTA.

As providências cautelares mantiveram o carácter de processo urgente, mas os processos urgentes não se resumiam aos processos cautelares, artigo (36.º n.º 1 do CPTA). Desde logo, os processos urgentes, que eram regulados no Título IV do CPTA, visavam a obtenção de uma decisão de fundo, podendo ser articulados com os processos cautelares.

O legislador, em respeito pelas “Diretivas Recursos”, manteve no CPTA a tutela cautelar dos particulares no domínio dos processos pré-contratuais, remetendo para os meios processuais cautelares que eram regulados no Título V do CPTA²³. Tal opção respeitava o espírito das diretivas comunitárias e não se traduzia em qualquer redução da tutela cautelar garantida no Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, na medida em que no CPTA foram substancialmente alargados os processos cautelares²⁴, bem como garantidas medidas antecipatórias e conservatórias não especificadas²⁵, e ainda um regime específico para os procedimentos relativos à formação de contratos (artigoº 132.º CPTA).

²² Vide DIAS, Paulo Linhares- *op. cit.*

²³ Artigos 112º a 134º do CPT.

²⁴ Por oposição à suspensão da eficácia do ato do LPTA.

²⁵ MARTINS, Ana Gouveia - *A Tutela Cautelar no Contencioso Administrativo (Em Especial nos Procedimentos de Formação dos Contratos)*, Coimbra Editora, Dezembro de 2005, pp. 357 e ss.

Capítulo 1.º

Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (LPTA)

Até à publicação do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, a disciplina processual nos tribunais administrativos era, essencialmente, regulada pela Lei dos Processos nos Tribunais Administrativos (LPTA), constante do Decreto-Lei n.º 267/85 de 16 de Julho e pelo então vigente Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF)²⁶.

O contencioso pré-contratual não tinha autonomia processual, isto é, não era objeto de qualquer disciplina processual autónoma, sendo a tutela jurisdicional assegurada pelo recurso contencioso de anulação e pela impugnação de normas, não existindo qualquer medida cautelar específica que não a suspensão da eficácia do ato regulada no artigo n.º 76º e seguintes da LPTA (que não conquistava particular simpatia na jurisprudência nacional e em especial no domínio da contratação pública²⁷).

A tutela cautelar era assim segundo Rodrigo Esteves de Oliveira²⁸:

- i. *Indiferenciada* - (não gozava de qualquer regime especial, regendo-se pela disciplina comum);
- ii. *Praticamente restrita à suspensão da eficácia do ato* (habitualmente, do ato de adjudicação);
- iii. *Alheia ao critério da aparência de bom direito (fumus bonis iuris)*;
- iv. *Dependente apenas de requisitos respeitantes ao periculum in mora*;
- v. *Requisitos - que eram formulados em termos absolutos, (sem lugar a uma ideia de ponderação de interesses) - e em termos cumulativos, a falta de verificação do requisito positivo (do lado do requerente da providência cautelar) ou a verificação do*

²⁶ Vide nota 5.

²⁷ Ayala, Bernardo Diniz — *A Tutela Contenciosa dos Particulares em Procedimentos de Formação dos Contratos da Administração Pública: Reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio*, Cadernos de Justiça Administrativa, Cejur, n.º 14, Abril/Maio 1999, p. 4.

²⁸ Vide. Oliveira, Rodrigues Esteves de — *A tutela “cautelar” ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos*, Cadernos de Justiça Administrativa, nº 115, Janeiro/Fevereiro 2016, p. 16.

requisito negativo (do lado do requerido) implicava a denegação da providência;

vi. E, assentavam na *dicotomia interesse particular (do requerente) / interesse público (da entidade requerida)*, não havia uma avaliação autônoma do interesse do contrainteresado.

Era isto, o que resultava do artigo 76.º dessa lei, onde se estabelecia que a *“suspensão da eficácia do ato recorrido é concedida pelo tribunal quando se verificarem os seguintes requisitos: a) A execução do ato cause provavelmente prejuízo de difícil reparação para o requerente ou para os interesses que este defenda ou venha a defender no recurso; b) A suspensão não determine grave lesão do interesse público; c) do processo não resultem fortes indícios da ilegalidade da interposição do recurso contencioso”*.

Não se podia falar de uma delimitação objetiva do contencioso pré-contratual, uma vez que, o ato recorrível seria um ato administrativo lesivo, no âmbito do procedimento para a formação do contrato ou uma norma ilegal das disposições dos documentos conformadores do concurso, sendo a noção de contrato público a que era dada pelo artigo 9.º do ETAF em conjugação com o artigo 178.º do CPA²⁹, mas, desta feita, para efeitos das ações sobre contratos e já não para efeitos do contencioso pré-contratual. Por inexistir qualquer autonomia processual ou disciplina específica, o que delimitava o recurso à via jurisdicional nos procedimentos pré-contratuais era o critério do ato lesivo, e já não o tipo de contrato para cuja formação existia o procedimento.

Capítulo 2.º

O Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio

Do regime do contencioso pré-contratual, previsto no Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, resultam três grandes novidades em relação ao regime geral antes vigente como afirma Paulo Linhares Dias³⁰:

²⁹ Vide Estorninho, Maria João— *Contencioso dos contratos da Administração Pública*, *Cadernos de Justiça Administrativa*, Cejur, n.º 24, Novembro/Dezembro 2000, p. 11.

³⁰ DIAS, Paulo Linhares - *op. cit.*

a) *A forma de processo urgente e obedecendo a uma tramitação própria e específica (artigo 3.º n.º 2 e artigo 4º n.º 2 a 4);*

b) *A consagração de medidas cautelares para evitar a produção de efeitos lesivos (artigos 2.º n.º 2 e artigo 5º);*

c) *A consagração de garantias de carácter administrativo – possibilidade de intervenção da Comissão Europeia em matéria de contencioso pré-contratual quando estiver em causa matéria das “Diretivas recursos” (artigo 6.º e artigo 7.º);*

A grande vantagem para a proteção dos particulares nos procedimentos pré-contratuais era sem dúvida a consagração de um processo urgente, com um prazo de impugnação muito curto (15 dias, nos termos do n.º 2 do artigo 3 do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio) e com uma marcha processual própria, caracterizada pela celeridade, acompanhado da possibilidade dos particulares requererem ao tribunal a adoção de medidas não especificadas, que evitassem que o ato ilegal produzisse efeitos lesivos, dando cumprimento à Diretiva 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro e ao artigo 268º n.º 4 da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Quanto à tutela cautelar, o artigo 2.º, n.º 2, desse diploma previa que podiam ser *“requeridas medidas provisórias destinadas a corrigir a ilegalidade ou a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em causa, incluindo medidas destinadas a suspender o procedimento de formação do contrato”*, dispondo-se depois no artigo 5.º, n.º 4, que as medidas provisórias não seriam *“decretadas se o tribunal, em juízo de probabilidade, ponderados os direitos ou interesses suscetíveis de serem lesados, concluísse que as consequências negativas para o interesse público excedem o proveito a obter pelo requerente”*.

A tutela cautelar da contratação pública passou, assim, a ter as seguintes características segundo Rodrigo Esteves de Oliveira³¹:

(i) *Era relativamente diferenciada, havia um regime especial para as chamadas “compras públicas” (empreitada de obras públicas, prestação de serviços e fornecimento de bens),*

³¹ Vide. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de – *op. cit.*, p.17.

seguindo os outros procedimentos de formação de contratos o regime comum (ou seja, a LPTA);

(ii) Continha providências conservatórias e antecipatórias;

(iii) Dependia apenas de requisitos respeitantes ao periculum in mora;

(iv) Requisitos - que passaram a ser formulados em termos relativos, dando lugar a um juízo de ponderação de interesses;

(v) Continuavam a assentar na dicotomia interesse particular (do requerido) / interesse público (da entidade requerida), sem lugar a uma avaliação autónoma do interesse do contrainteresado.

No entanto, a transposição da diretiva foi criticada. Quanto ao âmbito de delimitação objetivo do diploma, deixava de fora a impugnação das disposições dos anúncios, programas de concurso e cadernos de encargos, (cujo meio de tutela jurisdicional continuava a ser o recurso de impugnação de normas do contencioso administrativo³²), bem como os contratos de concessão de obras públicas, discutindo-se também a sua aplicabilidade às concessões de serviços.

O legislador, ao mesmo tempo que previu a possibilidade dos particulares requererem ao juiz medidas cautelares que impedissem a produção dos efeitos lesivos do acto ilegal, permitia ao tribunal não decretar tais medidas, sempre que tal se revelasse gravemente lesivo do interesse público. Impunha o n.º 4 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, uma ponderação entre a lesão do interesse público e os proveitos a obter pelos particulares, embora o juízo de probabilidade exigido por este último preceito tivesse um carácter menos restritivo do que o conceito geral do artigo 76º da LPTA³³.

Em síntese, *“o Decreto-lei n.º 134/98, de 15 de Maio, foi um «trampolim» para quase a totalidade, do regime do contencioso pré-contratual do CPTA.*

³² Por isso alguns autores defendiam estarmos perante um regime dualista de contencioso pré-contratual.

³³ OLIVEIRA, Mário Esteves de; Oliveira, Rodrigo Esteves de - *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 673.

*Embora a sua vigência tenha sido envolta em polémica, foi um passo muito importante para a tutela dos particulares nos procedimentos para a formação dos contratos*³⁴.

Capítulo 3.º

A Lei n.º 15/2002 de 22 de Fevereiro (CPTA) e as alterações efetuadas pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro

A Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro aprovou o Código de Processo nos Tribunais Administrativos e revogou o Decreto-Lei n.º 267/85 (LPTA).

O legislador passou a regular nos artigos 100.º a 103.º o regime do contencioso pré-contratual, sendo as principais inovações: a impugnação de atos relativos à formação de contratos de empreitada e concessão de obras pública, de prestação de serviços e de fornecimento de bens (artigo 100.º n.º 1); a possibilidade de impugnação direta do programa do concurso, do caderno de encargos ou de qualquer outro documento conformador do procedimento de formação dos contratos com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras que constassem desses documentos (artigo 100.º n.º 2); os atos praticados por sujeitos privados, no âmbito de um procedimento pré-contratual de direito público passam a ser equiparados a atos administrativos (artigo 100.º n.º 3); e os processos do contencioso pré-contratual deveriam ser intentados no prazo de um mês a contar da notificação dos interessados ou, não havendo lugar a notificação, da data do conhecimento do ato (artigo 101.º). O artigo 102.º regulava a tramitação enquanto o artigo 103.º previa a possibilidade de audiência pública sobre a matéria de facto e de direito.

Os procedimentos de formação de contratos passaram ainda dispor de uma tutela cautelar diferenciada, uma vez que o artigo 132.º era aplicável a todos eles, essa tutela era centrada na ponderação de danos ou interesses, ponderação essa, que passava a avaliar também, os danos ou interesses do contrainteresado (ou seja, do adjudicatário³⁵).

³⁴ Dias, Paulo Linhares- *op. cit.*

³⁵ Vide Oliveira, Rodrigo Esteves de – *op. cit.*, p.17.

O contencioso pré-contratual conheceu uma nova evolução, com a Lei 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, que alterou o ETAF e o CPTA e que adiou a entrada em vigor destes dois diplomas para 1 de Janeiro de 2004. Esta lei, não só alterou o artigo 100.º n.º 2 e 132.º n.º 6, do CPTA como alterou também, os artigos 1.º, 2.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, (mas com a entrada em vigor para o dia imediatamente posterior ao da sua publicação).

O legislador, reconhecendo por um lado a importância do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio no cumprimento das Diretivas Recursos e na concretização do disposto no artigo 268º n.º 4 da CRP, e por outro, a imperfeição dessa transposição, levando em conta as sucessivas críticas que a doutrina lhe dirigia, optou por corrigir essas imperfeições com a Lei 4-A/2003, de 19 de Fevereiro. Mais do que isto, o legislador, ao saber que iria transpor para o CPTA o regime (aperfeiçoado) do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, ao mesmo tempo que sabia que a entrada em vigor daquele iria ser prolongada por mais um ano, antecipou-se na correção das deficiências que lhe eram apontadas, determinando a sua imediata entrada em vigor.

Assim entre as principais alterações a este diploma (Decreto-Lei n.º 134/98) feitas pela Lei 4-A/2003, de 19 de Fevereiro estão, no âmbito de aplicação objetivo, o facto de o legislador adicionar os contratos de concessão de obras públicas, ao mesmo tempo que possibilitou a impugnação das normas constantes dos programas de concurso e cadernos de encargos³⁶.

O legislador procurou ainda acabar com outras críticas que com frequência eram dirigidas àquele diploma, nomeadamente, no âmbito de aplicação subjetivo, passando a ter legitimidade passiva igualmente os sujeitos de direito privado no âmbito de procedimentos pré-contratuais especificamente regulados por normas de direito público³⁷.

³⁶ Esta alteração era há muito pedida como forma de pôr fim ao sistema dualista do regime específico de impugnação de atos respeitantes aos procedimentos pré-contratuais, por um lado, e o regime geral de impugnação normas que regulam os mesmos procedimentos, por outro.

³⁷ O artigo 2º, nº 1 do Decreto-Lei n.º 134/98, passou a prever “São suscetíveis de recurso contencioso os atos administrativos relativos à formação dos contratos previstos no artigo anterior que lesem direitos ou interesses legalmente protegidos, assim como os atos dirigidos à celebração de contratos do mesmo tipo que sejam praticados por sujeitos privados no âmbito de procedimentos pré-contratuais especificamente regulados por normas de direito público”.

Procedeu também à alteração do prazo de 15 dias, que passou a ser de um mês³⁸ e acabou com a crítica em torno da aplicação obrigatória ou facultativa daquele regime face ao regime geral do contencioso administrativo fixando a doutrina do regime obrigatório do contencioso pré-contratual³⁹.

Quanto às alterações no CPTA, a tutela cautelar nos procedimentos de direito público de formação de contratos passou a ponderar, pela primeira vez no nosso sistema, o critério da aparência do bom direito (*fumus bonis iuris*), que no caso era mais do que isso, era uma espécie de critério da evidência do bom direito, que, a título excepcional, poderia afastar o critério da ponderação de interesses⁴⁰ (alteração introduzida no artigo 132.º, n.º 6, primeira parte).

Capítulo 4.º

Entrada em vigor do CPTA

Com a entrada em vigor do CPTA em 1 de Janeiro de 2004, as providências cautelares mantiveram o carácter de processo urgente, mas os processos urgentes não se resumiam aos processos cautelares, artigo (36.º n.º 1 do CPTA).

A sujeição do contencioso pré-contratual ao regime autónomo dos processos urgentes, enquanto processo de *“tramitação especial”*, como lhe chama o Professor Mário Aroso de Almeida, foi feita por uma dupla via de delimitação: negativa e positiva. Isto é, o legislador, por um lado, no artigo 46º n.º 3 do CPTA, quando definia o âmbito de aplicação da ação administrativa especial, excluiu expressamente os atos praticados no âmbito dos procedimentos para a formação de contratos previstos no artigos 100.º n.º 1 do CPTA, operando aqui uma delimitação negativa. Por outro lado, só os procedimentos para a formação dos contratos (100.º n.º 1 do CPTA) ficavam sujeitos à disciplina do contencioso pré-contratual, desta feita, fazendo uma delimitação positiva.

O contencioso pré-contratual é um processo urgente, o que significa, nas palavras de Mário e Rodrigo Esteves Oliveira um processo *“instituído em razão*

³⁸ O artigo 3º, nº 2 do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, passou a ter a seguinte redação: *“O prazo para a interposição de recurso é de um mês a contar da notificação dos interessados ou, não havendo lugar à notificação, a partir da data do conhecimento do ato”*.

³⁹ Contra esta obrigatoriedade, Martins, Ana Gouveia – op. cit., p. 251.

⁴⁰ Vide Oliveira, Rodrigo Esteves de – op. cit., p. 17.

de urgência na obtenção de uma decisão de fundo sobre o mérito da causa”. Porém essa tutela jurisdicional com carácter urgente poderia não ser suficiente para acautelar os direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares. Não obstante o curto prazo de impugnação e o carácter urgente atribuído ao contencioso pré-contratual (artigos 36.º n.º 1 e 2 e artigo 101.º do CPTA), tal poderia não impedir a que se produzissem os efeitos lesivos do ato a impugnar.

Para uma tutela jurisdicional efetiva e eficaz, conforme preceituava a Diretiva n.º 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro, os particulares têm de se socorrer de medidas cautelares, tal como acontecia com o artigo 2.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Dezembro. Poderiam evitar assim, os efeitos lesivos do ato ou norma que pretendiam ver impugnados mediante o recurso aos processos cautelares previstos no Título V do CPTA. Os processos cautelares têm uma relação de dependência processual do meio principal que é o contencioso pré-contratual, na medida em que será neste que, em princípio, se decidirá sobre o mérito da questão.

Os processos impugnatórios urgentes (em particular o contencioso pré-contratual), não obstante ser um processo “aparentemente” semelhante aos processos cautelares, distingue-se destes últimos, desde logo, pela dependência destes daquele outro. No contencioso pré-contratual, os processos cautelares são meios acessórios que visam acautelar a produção dos efeitos lesivos do ato violador dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares, não tendo autonomia própria face ao contencioso pré-contratual (sem prejuízo do artigo 121.º), sendo que o inverso já não é verdade⁴¹.

⁴¹ Vide Dias, Paulo Linhares – *op. cit.*

Secção 1.^a

A dicotomia Ação Administrativa comum e Ação Administrativa especial no CPTA e o artigo 100.º

Na dicotomia ação administrativa comum e ação administrativa especial, o contencioso pré-contratual relacionava-se privilegiadamente com a ação administrativa especial sem prejuízo de acolher alguns aspetos da ação administrativa comum, sobretudo no que tocava às ações sobre contratos e à tutela indemnizatória⁴², por força do princípio da cumulação de pedidos.

Esta identificação com a ação administrativa especial era-nos dada triplamente pela interceção dos artigos 37.º, 46.º (com destaque para o n.º 3) e 100.º n.º 1 e 2 do CPTA⁴³.

Do artigo 37.º n.º 1 e 2 do CPTA, depreendia-se que estávamos perante as chamadas “relações administrativas paritárias”⁴⁴. A formulação “excludente” do artigo 37.º n.º 1: *“Seguem a forma da ação administrativa comum os processos que tenham por objeto litígios cuja apreciação se inscreve no âmbito da jurisdição administrativa e que, nem neste código, nem em legislação avulsa, sejam objeto de regulação especial”*, atribuía à ação administrativa comum um carácter residual, em que só seguiam esta forma de ação os litígios que, no âmbito da jurisdição administrativa⁴⁵, não estivessem previstos na forma especial.

Do artigo 100.º n.º 1 e 2 e do artigo 46.º n.º 1 do CPTA resultava que estávamos perante processos com base na ação administrativa especial, porém o n.º 3 do artigo 46.º do CPTA, exclui-os expressamente (delimitação negativa). Já por força do artigo 100.º n.º 1 estes eram incluídos no contencioso pré-contratual para os contratos aí expressamente previstos (delimitação positiva)⁴⁶.

Podemos concluir que contencioso pré-contratual era um processo autónomo (na categoria dos processos urgentes) mas tinha a sua génese na

⁴² Idem.

⁴³ Estes preceitos estabeleciam o âmbito de aplicação da ação administrativa comum, ação administrativa especial e do contencioso pré-contratual, respetivamente.

⁴⁴ Ou seja, no âmbito das relações entre os particulares e a administração, ou entre entidades administrativas, que embora estivessem sujeitas à disciplina do direito administrativo, eram relações em que a administração não estava investida do seu poder de autoridade.

⁴⁵ Âmbito definido pelo artigo 4º do ETAF.

⁴⁶ Vide DIAS, Paulo Linhares- *op. cit.*

ação administrativa especial, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 100.º do CPTA⁴⁷.

A ação administrativa especial não se limitava à aplicação supletiva, tinha subjacente toda a sua construção jurídica, incluindo, os poderes de pronúncia do tribunal e a possibilidade de formulação de pedidos. Deste modo, no âmbito do contencioso pré-contratual, os particulares podiam formular os seguintes pedidos⁴⁸:

- a) Anulação de um ato administrativo ou declaração de sua nulidade ou inexistência jurídica (artigo 46.º n.º 2 al. a);
- b) Condenação à prática de um ato administrativo legalmente devido (artigo 46.º n.º 2 al. b);
- c) Declaração de ilegalidade de uma norma emitida ao abrigo de disposições de direito administrativo ou comunitário (artigo 46.º n.º 2 al. c);
- d) Declaração de ilegalidade da não emanação de uma norma que devesse ser emitida ao abrigo das disposições de direito administrativo ou comunitário (artigo 46.º n.º 2 al. d).

“Mas estes pedidos estavam delimitados aos atos e normas, emitidos ou omitidos, no âmbito dos procedimentos para a formação dos contratos previstos no n.º 1 do artigo 100º do CPTA”⁴⁹.

O âmbito de aplicação objetiva do contencioso pré-contratual era dado pelo artigo 100.º n.º 1 do CPTA: *“A impugnação de atos administrativos relativos à formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens rege-se pelo disposto na presente secção e, subsidiariamente na secção I do capítulo II do título III.”* Tratava-se de uma versão “revista e ampliada” do regime do Decreto-Lei n.º 134/98, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro⁵⁰. Estas alterações resultaram na ampliação do âmbito de aplicação do contencioso pré-contratual aos contratos de concessão de obras públicas e,

⁴⁷ E pela qual subsidiariamente se regia.

⁴⁸ Vide artigo 46º, nº 2 do CPTA (atualmente revogado).

⁴⁹ Dias, Paulo Linhares- *op. cit.*

⁵⁰ Que como se disse tinha antecipado a sua entrada em vigor em relação ao CPTA.

às disposições conformadoras do concurso, nos termos do n.º 2 do artigo 100.º do CPTA⁵¹.

Mas uma questão que se levantava era a da aplicabilidade também aos contratos de concessão de serviços. Esta questão ganhou visibilidade, com o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 3/9/2003, no processo 1392/03, que interpretou o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, na versão introduzida pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, como também sendo aplicado aos contratos de concessão de serviços. Esta posição assentava numa interpretação sintática do artigo 1.º, e da posição da expressão “concessão”, mais concretamente, se a mesma se aplicaria somente à subcategoria dos contratos de obras públicas, ou igualmente às subcategorias de prestação de serviços e fornecimento de bens, tendo aquela instância entendido que a leitura mais correta era aquela que também abarcava as demais subcategorias. Mais, adiantava o acórdão que esta leitura seria *“(...)a mais consentânea com o espírito de abrangência e de coerência normativa anteriormente reclamados pela doutrina, à luz do espírito das Diretivas comunitárias cuja transposição foi operada pelo diploma em causa”*.

Posição contrária assumiu na doutrina por exemplo o Professor Vieira de Andrade⁵² que defendia uma interpretação literal do artigo 100.º, n.º 1 do CPTA, onde apenas figuravam quatro tipos de contratos: contratos de empreitada, concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens.

Numa primeira fase Paulo Linhares Dias defendeu a posição assumida pelo STA no citado aresto⁵³, *“porquanto, na sua interpretação extensiva, em detrimento duma interpretação meramente literal, estaria de acordo com o espírito das Diretivas comunitárias e salvaguardava o princípio da tutela jurisdicional efetiva”*. Porém, com o surgimento das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, ambas de 31 de Março, o autor conclui, que *“foi clara e inequívoca intenção do legislador comunitário que o âmbito de aplicação das disposições aplicáveis aos procedimentos adjudicatórios se mantivesse restrito aos contratos de empreitadas de obras*

⁵¹ Respondendo, assim, às críticas que a doutrina fazia.

⁵² ANDRADE, José Carlos Vieira de – *A Justiça administrativa*, Coimbra Editora, 7ª edição, Coimbra 2005, p.250.

⁵³ Vide DIAS, Paulo Linhares – *op. cit.*

públicas, concessão de obras públicas, prestação de serviço e fornecimento de bens. Desta feita com exclusão expressa dos contratos de concessão de serviços, conforme preceitua o artigo 17.º da citada Diretiva 2004/018/CE⁵⁴.

Assim, para efeitos substantivos os contratos de concessão de serviços públicos eram abrangidos pelo Código dos Contratos Públicos⁵⁵, mas para efeitos adjetivos, mais concretamente de impugnação contenciosa, ficavam de fora do âmbito de aplicação objetiva do artigo 100.º n.º 1 do CPTA.

A questão da legitimidade ativa no contencioso pré-contratual era aferida pelos critérios gerais de legitimidade regulados no artigo 9º, cotejado pelo disposto no artigo 55.º n.º 1 al. a) (atos) e artigo 73.º n.º 2 (normas) do CPTA, ou seja, quem fosse titular de um interesse direto e pessoal, designadamente ter sido lesado pelo ato ou norma nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.

O artigo 9.º, n.º 1 do CPTA fazia uma ressalva expressa do artigo 40.º. Esta regra específica nas ações sobre contratos era relevante para o contencioso pré-contratual, por entroncar diretamente com este, quer pelo disposto nesse artigo nas alíneas c), d), f) e g) do n.º 1 e alínea e) do n.º 2 do artigo 40.º, que atribuía a legitimidade a quem participou no procedimento pré-contratual ou quem nele ficou impedido de participar, mas também por via da possibilidade de ampliação do pedido de impugnação da validade do contrato (artigo 102.º n.º 4 do CPTA).

Outra questão que se levantava, prendia-se com o prazo para impugnação e a imperatividade do regime do contencioso pré-contratual previsto no artigo 100.º do CPTA. Da análise do artigo 40.º, parecia que os particulares poderiam vir propor uma ação sobre o contrato, não tendo impugnado o procedimento pré-contratual, ou neste tendo sido vencidos. A doutrina não subscrevia a tese de que os particulares se pudessem socorrer da ação administrativa comum sobre contratos, quando não tivessem impugnado o procedimento pré-contratual ou, tendo-o feito, não obtivessem vencimento na sua pretensão, repudiava assim, que o conceito alargado de legitimidade nas ações sobre contratos permitisse funcionar como “válvula de escape” para a ausência da impugnação do procedimento pré-contratual. Para Mário e Rodrigo Esteves de

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Artigo 6º, nº 1 alínea c) do CCP.

Oliveira⁵⁶, o alargamento da legitimidade nas ações sobre contratos, para além das partes no contrato, aplicava-se a todos os contratos mesmo os não previstos no artigo 100.º n.º 1 do CPTA. Porém, só reconheciam a legitimidade na ação administrativa sobre contratos a quem tivesse impugnado ou requerido uma pretensão positiva no âmbito do procedimento. Ou seja, a prévia impugnação ou formulação de pretensão no procedimento pré-contratual era condição legal para que se verificasse a legitimidade prevista nos n.º 1 e 2 do artigo 40.º do CPTA.

Para a maioria da doutrina, o artigo 9º nº 2 do CPTA sendo uma norma que assumia a característica típica de disposição geral, aplicava-se ao contencioso pré-contratual. No entanto para Paulo Linhares Dias, *“a legitimidade para a defesa de interesses difusos não era compatível com o regime do contencioso pré-contratual, orientado para uma lógica de urgência e com um objeto muito bem delimitado”*⁵⁷. Contudo, o controlo da legalidade seria sempre assegurado pela legitimidade reconhecida ao Ministério Público⁵⁸.

Quanto à legitimidade passiva, para além das disposições gerais do artigo 10.º do CPTA, o artigo 100.º n.º 3, estendia a legitimidade passiva aos sujeitos de direito privado que tivessem regido o procedimento pré-contratual pelo direito público⁵⁹. Deste modo, os sujeitos de direito privado, que por via do direito substantivo estivessem obrigados a observar procedimentos pré-contratuais de direito público, ficavam sujeitos à jurisdição administrativa e concretamente ao contencioso pré-contratual, por via do artigo 100.º, n.º 3 conjugado com o artigo 4.º n.º 1 al. a) do ETAF.

Secção 2.ª

Prazo

Do artigo 101.º do CPTA resultava que os processos do contencioso pré-contratual tinham carácter urgente e deveriam ser intentados no prazo de um mês a contar da notificação dos interessados. Este carácter urgente decorria

⁵⁶ OLIVEIRA, Mário e Rodrigo Esteves de – *op. cit.*, pp.282-293

⁵⁷ DIAS, Paulo Linhares – *op. cit.*

⁵⁸ Nos termos dos artigos 9º nº 2, 55º nº 2 e 73º nº 2, do CPTA.

⁵⁹ Por via da equiparação a atos administrativos.

de uma exigência comunitária⁶⁰, que o legislador nacional transpôs para a ordem jurídica interna, por via do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, que por sua vez foi, no essencial, incorporado no contencioso pré-contratual, ele próprio um processo urgente. O carácter urgente do contencioso pré-contratual era patente na simplicidade e celeridade da tramitação processual, ao que acrescia que os prazos de recurso jurisdicional eram reduzidos a metade (artigo 147.º do CPTA) e corriam em férias.

Outra questão⁶¹ dizia respeito a que este prazo um mês contendia com os prazos gerais de impugnação de atos e normas, mais nomeadamente com o disposto no artigo 58.º n.º 2, cujas alíneas a) e b) que estabelecem respetivamente o prazo de um ano para impugnação dos atos administrativos por parte do Ministério Público e de três meses para qualquer interessado. A doutrina dominante entende que, dado o carácter necessário e urgente do contencioso pré-contratual, o prazo de impugnação previsto no artigo 101.º prevalece sobre os demais. Quanto à impugnabilidade a todo o tempo dos atos nulos, nos termos do disposto no artigo 58.º n.º 1 do CPTA, a jurisprudência dominante⁶² defende que o carácter urgente e a prevalência do contencioso pré-contratual prevalecem sobre a mais grave das invalidades dos atos administrativos. Isto é, o prazo previsto no artigo 101.º do CPTA é imperativo e impõe-se aos demais, designadamente a impugnação de atos nulos⁶³ (artigo 58.º n.º 1 do CPTA).

Secção 3.^a

Tramitação

A tramitação e marcha do processo eram as previstas para ação administrativa especial com as exceções que decorriam do artigo 102.º do CPTA⁶⁴. Os articulados, reduzidos à petição e contestação, só sendo admissível alegações quando tivesse sido requerida ou produzida prova com a

⁶⁰ Exigência da Diretiva n.º 89/665/CE.

⁶¹ Que ainda hoje se debate, mesmo após a revisão feita pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro.

⁶² Acórdão TCA-Sul de 12/05/2005, Processo n.º 756/05, Acórdão TCA-Sul de 21/04/2005, Proc.º 645/05.

⁶³ DIAS, Paulo Linhares – *op. cit.*

⁶⁴ Ou seja, na generalidade manteve-se o regime previsto no artigo 4º do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio.

contestação⁶⁵. Podiam estas serem substituídas por alegações orais, quando o tribunal optasse pela audiência pública, nos termos do artigo 103.º do CPTA⁶⁶.

A audiência pública foi uma inovação do CPTA, que decorria da lógica de simplificação e celeridade processual, podendo o tribunal oficiosamente ou a requerimento de qualquer uma das partes, optar pela realização de uma audiência pública, versando sobre a matéria de facto e/ou de direito. Tal como disseram o professor Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha: *“Concentrando a discussão e julgamento numa única fase, e sujeitando-as aos princípios da oralidade, a audiência pública obvia à demora resultante da necessidade de cumprimento de prazos processuais quando, em alternativa, se optasse pela discussão escrita da causa”*.

Dispunha o artigo 102.º, n.º4 do CPTA⁶⁷ que *“O objeto do processo pode ser ampliado à impugnação do contrato, segundo o disposto no artigo 63º”*. Esta norma aplicava-se às situações em que, não tendo sido requerida providência cautelar com vista à suspensão do procedimento pré-contratual ou com vista à não celebração do contrato ou correção de ilegalidades⁶⁸, ou na hipótese de ter sido requerida mas não diferida, houvesse necessidade de estender a impugnação ao contrato.

Esta norma ganhou especial importância, porque, na vigência do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio e até mesmo da LPTA, a jurisprudência⁶⁹ entendia que a celebração do contrato constituía uma causa de extinção da instância por inutilidade superveniente. Ou seja, visando o processo a impugnação do procedimento pré-contratual, culminando na adjudicação, se não fosse impedida a celebração do contrato, a verificação deste evento tornava inútil a instância, porque não poderia ser reiniciado o processo ou impedidas as prestações contratuais. Entretanto a jurisprudência evoluiu⁷⁰ e passou a consagrar a tese de que a impossibilidade ou inutilidade de anulação do contrato eram apenas jurídicas, mantendo o autor interesse na impugnação do ato ou norma, uma vez que a declaração de ilegalidade do procedimento pré-contratual abria as portas à tutela indemnizatória.

⁶⁵ Artigo 102º, nº 2 do CPTA que se manteve inalterado com a recente revisão.

⁶⁶ Com a nova revisão do CPTA esta matéria passou a constar do artigo 102º, nº 5.

⁶⁷ Manteve-se inalterado após a revisão do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de Outubro.

⁶⁸ Sobretudo no caso das disposições conformadoras do procedimento.

⁶⁹ Vide DIAS, Paulo Linhares, *op. cit.*

⁷⁰ Idem

O artigo 63.º n.º 1 previa (e continua a prever) a possibilidade de, em geral, se poder modificar a instância para abranger novos atos praticados no decurso do mesmo procedimento. Por sua vez, o artigo 63.º, n.º 2 refere-se expressamente aos casos de celebração de contrato decorrentes de procedimento pré-contratual impugnado ou cujos efeitos se oponham à utilidade pretendida com o processo, prevendo a possibilidade de impugnação do próprio contrato. Pretende-se assim, que a prática superveniente dos novos atos emergentes do mesmo procedimento ou da mesma relação jurídica, ou que de algum modo inviabilizem os efeitos pretendidos com o processo, não inutilizem o processo e garantam uma tutela jurisdicional efetiva dos particulares.

A doutrina, em geral, concordou com esta solução. Na opinião de Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira⁷¹, garante a “*plenitude cognitiva do processo declarativo*”.

O artigo 102.º, n.º 5 do CPTA dispunha: “*Se na pendência do processo, se verificar que à satisfação dos interesses do autor obsta a existência de uma situação de impossibilidade absoluta, o tribunal não profere a sentença requerida mas convida as partes a acordarem, no prazo de 20 dias, no montante da indemnização a que o autor tem direito, seguindo-se os trâmites previstos no artigo 45.º*”.

Por sua vez, o artigo 45.º preceituava que perante a impossibilidade absoluta de cumprimento ou excecional prejuízo para o interesse público o tribunal julgava improcedente o pedido, convidando as partes a, igualmente no período de 20 dias, acordarem quanto ao montante indemnizatório. Mais adiantava, o n.º 3 do artigo 45.º que “*na falta de acordo, o autor pode requerer a fixação judicial da indemnização devida, devendo o tribunal, nesse caso, ordenar as diligências instrutórias que considere necessárias (...)*”.

Estávamos perante um caso de modificação objetiva da instância, por se estar perante a impossibilidade absoluta de produzir os efeitos pretendidos com a ação, ou no caso do artigo 45.º n.º 1, quando daí adviesse excecional prejuízo para o interesse público. Havia aqui o requisito da impossibilidade

⁷¹ OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, *op. cit.*, p. 404

absoluta do réu cumprir com a sentença, ou de que este cumprimento causasse excepcionais prejuízos ao interesse público.

Esta norma levantava dúvidas. A remissão para o artigo 45.º colocava a questão de saber se o requisito do artigo 45.º n.º 1 “*originar excecional prejuízo para o interesse público*”, também se aplicava ao contencioso pré-contratual, uma vez que o artigo 102.º n.º 5 não contemplava este requisito.

Apesar desta ambiguidade, a doutrina entendeu, que ao consagrar-se uma solução específica para o contencioso pré-contratual (o artigo 102.º n.º 5), o legislador omitiu voluntariamente este requisito. Por outro lado, este preceito remetia para a “*tramitação*” prevista no artigo 45º, ou seja, para tudo o que não estivesse já previsto no artigo 102.º n.º 5, até porque esta norma era idêntica à do artigo 45.º n.º 1, com excepção do referido requisito do excepcional prejuízo.

Mas não foi esta a dúvida maior suscitada pelo artigo 102.º n.º 5 e com idêntica solução no artigo 45.º n.º 1 do CPTA, mas sim as expressões “*o tribunal deixa de proferir sentença*” (artigo 102.º n.º 5) ou “*no montante da indemnização a que o autor tem direito*” (artigo 102.º n.º 5 in fine) ou ainda “*o tribunal julga improcedente o pedido em causa*” (artigo 45.º n.º 1) e “*no montante da indemnização devida*”. Ou seja, a formulação legal apontava para que o simples facto de haver impossibilidade da pretensão ou excecional prejuízo para o interesse público, e como tal obstar a que a sentença produzisse os efeitos requeridos conferia automaticamente ao autor o direito à indemnização sem qualquer juízo sobre a legalidade.

A doutrina foi unânime em defender que não poderia haver outro sentido na lei, que não fosse o de o tribunal ter necessariamente que proferir sentença, na qual se pronunciasse sobre a legalidade do procedimento impugnado, e só no caso desta existir, é que ficava aberta via para a tutela indemnizatória (artigo 45.º n.º 2 do CPTA).

Secção 4.^a

O artigo 132.º

No entendimento do Professor Mário Aroso de Almeida⁷², a razão de ser de um artigo “autónomo” sobre as providências cautelares relativas à formação de contratos prendia-se com a necessidade de incorporar no CPTA o regime previsto no artigo 5.º do Decreto-lei n.º 134/98, de 15 de Maio, assegurando assim a transposição para a ordem jurídica nacional das Diretivas Recursos. Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira⁷³ concordavam com este argumento, mas defendiam que o âmbito de aplicação do artigo 132.º n.º 1 ia para além do disposto no artigo 100.º n.º 1 do CPTA. Ou seja, defendiam que a tutela cautelar prevista nesta norma se aplicava a todos os actos relativos a procedimentos com vista à formação de contratos, independentemente do tipo de contratos, sendo que, o artigo 100.º n.º 1 se circunscrevia aos contratos aí referidos e que se traduzia na transposição das Diretivas. Ana Gouveia Martins⁷⁴ partilhava o mesmo entendimento.

Disponha o artigo 132.º n.º 1 do CPTA que *“Quando estejam em causa a anulação ou declaração de nulidade ou inexistência jurídica de actos administrativos relativos à formação de contratos, podem ser requeridas providências destinadas a corrigir a ilegalidade ou de impedir que sejam causados danos aos interesses em presença, incluindo a suspensão do procedimento para a formação do contrato”*.

Da análise deste artigo, podia-se pensar, que o mesmo só se aplicava à impugnação de atos administrativos, deixando de fora as normas conformadoras dos procedimentos pré-contratuais.

Esta posição era acolhida por alguma doutrina que entendia que as normas conformadoras dos procedimentos pré-contratuais eram conhecidas desde o início do concurso e, como tal, o processo urgente previsto no artigo 100.º, n.º 2 do CPTA seria suficiente para acautelar os direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares⁷⁵.

Embora o n.º 1 do artigo 132.º do CPTA se referisse expressamente aos atos administrativos, a delimitação deste procedimento apenas aos atos deixava dúvidas, sobretudo quando confrontado com o n.º 7 do mesmo artigo,

⁷² ALMEIDA, Mário Aroso de - *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2.ª edição p. 307.

⁷³ OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves- *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 667.

⁷⁴ MARTINS, Ana Gouveia – *op. cit.*, p. 357

⁷⁵ Defendiam ainda que não existia aqui o *periculum in mora*.

onde se podia ler: *“Quando logo no processo cautelar, o juiz considere demonstrada a ilegalidade de especificações contidas nos documentos de concurso que era invocada como fundamento do processo principal, pode determinar a sua correção decidindo, desse modo, o fundo da causa, segundo o disposto no artigo 121.º”*. Embora o n.º 7, não fosse um preceito delimitador do âmbito de aplicação do regime do artigo 132.º, havia uma referência expressa à impugnação das disposições conformadoras dos procedimentos pré-contratuais, pelo que alguns autores entendiam que o legislador pretendeu que este regime cautelar específico também se aplicasse à impugnação de normas.

No que toca à marcha do processo, o regime específico do artigo 132.º do CPTA afastava-se, nalguns aspetos, do regime geral dos artigos 118.º e 119.º, assim⁷⁶:

a) O requerimento deveria ser instruído com todos os elementos de prova (artigo 132.º n.º 4)⁷⁷, por oposição ao artigo 118.º n.º 2.

b) O prazo para resposta da autoridade recorrida e contra-interessados era de sete dias (artigo 132.º n.º 5)⁷⁸, por oposição ao que dispunha o regime geral do artigo 117.º n.º 1 do CPTA.

O artigo 132.º n.º 3 do CPTA, previa a aplicação das regras do regime geral das providências cautelares, salvo no que fossem derogadas pelo regime específico. Tal coexistência ganhou especial relevância em sede dos critérios de decisão. Dispunha o n.º 6 do artigo 132.º, *“Sem prejuízo do disposto no artigo 120.º n.º 1, alínea a, a concessão da providência cautelar depende do juízo de probabilidade do tribunal quanto a saber se, ponderados os interesses suscetíveis de serem lesados, os danos que resultariam da adopção da providência são superiores aos prejuízos que podem resultar da sua não adopção, sem que tal lesão possa ser evitada ou atenuada pela adopção de outras providências”*. Estávamos assim perante uma “aparente” derrogação dos critérios previstos no artigo 120.º do CPTA, mantendo-se expressamente o disposto na alínea a) do n.º 1 daquele preceito, que não tendo mantido a redação exata do artigo 5.º n.º 4 do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio

⁷⁶ Vide DIAS, Paulo Linhares – *op. cit.*

⁷⁷ Mantém-se aqui o disposto no artigo 5.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio.

⁷⁸ Manteve o disposto no artigo 5.º n.º 2 do Decreto-lei n.º 134/98, de 15 de Maio.

(embora com grande colagem àquele), acabava por ser uma mistura desta com o n.º 2 do artigo 120.º.

Para Paulo Linhares Dias, uma vez que o legislador optou por afastar algumas das regras do regime geral (artigos 132.º n.º 4 e 5, mantendo integralmente as redações que vinham de preceitos do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio) não via por que razão não o fez também, quanto ao critério de decisão, mantendo a formulação do disposto no artigo 5.º n.º 4 daquele diploma. Havia quem criticasse esta formulação por, aparentemente, afastar os demais critérios de decisão dos processos cautelares, desde logo o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Em sentido contrário, Ana Gouveia Martins⁷⁹ defendia que os critérios de decisão nos procedimentos cautelares relativos à formação de contratos, não afastavam o requisito do *periculum in mora*, impondo porém uma ponderação de interesses, sendo que nesta, aquele requisito de índole subjetivista se afasta do entendimento tradicional do “*justo receio*” ou do “*prejuízo de difícil reparação*”.

Paulo Linhares Dias criticava ainda, que o legislador tendo optado por estatuir um regime específico para os procedimentos cautelares relativos a procedimentos pré-contratuais (artigo 132.º CPTA), não tenha aproveitado para afastar a aplicabilidade do artigo 121.º CPTA ao contencioso pré-contratual, tendo optado pelo contrário, ao incluir no n.º 7 do artigo 132.º do CPTA expressamente, a possibilidade da decisão definitiva em matéria de procedimentos cautelares relativos a disposições constantes do anúncio, programa de concurso ou caderno de encargos, conforme o disposto no artigo 121.º do CPTA. Para este autor, sendo certo que a decisão de antecipar o juízo sobre a causa principal é ela própria sindicável, a mesma contendia com o carácter urgente do contencioso pré-contratual e aquilo que o caracteriza, “*Isto é, o que se ganha em tempo, e que não será necessariamente muito, perde-se em garantias próprias do contencioso pré-contratual*”⁸⁰.

⁷⁹ MARTINS, Ana Gouveia – *op. cit.*, pp. 519-540.

⁸⁰ Vide DIAS, Paulo Linhares – *op. cit.*

Parte II

As Diretivas Recursos

A formação e aperfeiçoamento de um Direito processual administrativo europeu levou a que se fosse dando progressivamente uma refundação dos Direitos processuais administrativos nacionais, dado que essa mesma construção do Direito processual administrativo europeu originou um gradual estreitamento dos pontos de contacto entre este e os Direitos processuais administrativos nacionais. Sendo que esta refundação deu-se muitas vezes a partir de “sugestões” oriundas do direito europeu, não havendo dúvida, que este acabou por em boa medida estabelecer a conformação dos regimes processuais administrativos nacionais.

A área da contratação pública foi um dos âmbitos em que mais se sentiu a ligação e atuação do Direito processual administrativo europeu. No entanto este interesse do Direito europeu pela regulação do Direito dos contratos da Administração nos Estados-Membros não foi desinteressada, visto que uma parte notável do volume de negócios das empresas que atuavam no âmbito do mercado único europeu derivava de contratos celebrados com as Administrações nacionais dos diversos Estados-Membros⁸¹.

Este papel de destaque assumido, desde cedo, pela contratação pública na construção do projeto europeu, conduziu ao aparecimento de uma ampla convergência normativa europeia das regras jurídicas substantivas, operada pelas Diretivas que vieram regular a coordenação dos procedimentos de adjudicação relativos a diversos tipos de contratos públicos em distintos setores (gerais e especiais)⁸². Porém, reconheceu-se que a europeização das regras de direito material da contratação pública teria que ser, alargada aos meios processuais de tutela em matéria de procedimentos adjudicatórios públicos. A heterogeneidade e ineficácia destes mecanismos de tutela nos diversos Estados-Membros estavam a viciar a eficácia das normas europeias da contratação pública e a afetar o regular funcionamento do mercado interno.

⁸¹ A contratação pública representa, na nossa economia, uma parte substancial do investimento público: 2 biliões de Euros por ano, o que representa 14 % do PIB da UE. Vide - https://ec.europa.eu/portugal/news/efficient-professional-public-procurement_pt

⁸² Atualmente encontram-se em vigor as Diretivas 2014/23/UE; 2014/24/UE e 2014/25/UE de 26 de Fevereiro de 2014.

Com este objetivo, o legislador europeu movido pela necessidade de dar cumprimento ao princípio da efetividade decidiu restringir a autonomia processual dos Estados-Membros, por via legislativa⁸³, pois constatou que era imperativo conferir um maior grau de enforcement às normas substantivas de Direito da União Europeia da contratação pública, através da criação de um conjunto uniforme de regras capazes de conferir uma tutela efetiva aos potenciais candidatos/concorrentes. Foi neste contexto que surgiram as primeiras Diretivas recursos (Diretiva 89/665/CEE, de 21 de Dezembro de 1989⁸⁴, e mais tarde a Diretiva 92/13/CEE, de 25 de Fevereiro de 1992⁸⁵).

Com o passar dos anos as instituições europeias constataram que as exigências garantísticas de recurso, patentes nas primeiras Diretivas, não estavam a conseguir alcançar os objetivos traçados pelo legislador europeu⁸⁶. Surgia assim, a necessidade de uma reforma legislativa. Então, em 2007, a Diretiva 2007/66/CE, de 11 de Dezembro de 2007, veio modificar as anteriores Diretivas 89/665 CEE e 92/13/CEE. Esta nova Diretiva estava animada, mais uma vez, pela lógica de melhorar a eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos, e procurou resolver três problemas considerados fundamentais. Primeiro, o aumento do número de ajustes diretos ilegais. Segundo, o fenómeno da corrida à assinatura do contrato. E, ainda, a ineficácia da tutela pós-contratual, em face das inúmeras dificuldades probatórias dos operadores económicos em demonstrarem que, se não fosse a ilegalidade ocorrida, estes teriam sido os legítimos vencedores do procedimento adjudicatório⁸⁷.

Assim a nova Diretiva veio prever três mecanismos fundamentais para tentar acabar com estes problemas: a cláusula de *standstill*; o efeito suspensivo automático e a privação de efeitos (do contrato).

⁸³ Artigo 114º do TFUE.

⁸⁴ Diretiva que regulava a aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos.

⁸⁵ Diretiva relativa a procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (os chamados setores especiais da contratação pública).

⁸⁶ Relatório da Comissão em 2006, impact Assessment Report — Remedies in the field of public procurement, SEC(2006) 557 4 de Maio de 2006.

⁸⁷ GOMES, Pedro Cerqueira - *O Contencioso Pré-Contratual Público Português — Proposta de Revisão à Luz do Direito da União Europeia*, disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B68f3c129-0c04-4b58-84a0-af0392d6fb5e%7D.pdf> [consultado 15 Novembro 2017].

Estes novos mecanismos vão além das típicas garantias de recurso impostas pelas primeiras Diretivas recursos, porque pretendem introduzir, igualmente, modificações de natureza substantiva. Com o objetivo de formar um verdadeiro sistema europeu de tutela preventiva, pautado por características de celeridade e eficácia⁸⁸.

O Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro no seu preâmbulo enunciava o propósito de transpor integralmente a Diretiva 2007/66/CE (Diretiva recursos), mas a verdade é que essa intenção apenas aconteceu no plano substantivo, nomeadamente através da nova redação do artigo 104.º n.º1 alínea a) do código dos Contratos Públicos (período de *standstill*) dando assim cumprimento ao artigo 2.º n.º 2 da diretiva, mas absteve-se de introduzir no plano processual (CPTA) a previsão do efeito suspensivo automático que era imposto no artigo 2.º n.º 3 da diretiva.

Assim o CPTA (2002) não tinha nenhuma disposição que cumprisse esta exigência da Diretiva 2007/66/CE. Isto só veio a acontecer com o Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de Outubro que reviu o CPTA e introduziu o artigo 103.º-A, onde se associa um efeito suspensivo automático à impugnação dos atos de adjudicação e se introduz um regime inovador de adoção de medidas provisórias no âmbito do próprio processo do contencioso pré-contratual (artigo 103.º - B).

Capítulo 1.º

As primeiras Diretivas Recursos — 89/665/CEE e 92/13/CEE

As primeiras diretivas recursos surgiram para garantir a plena aplicação e efetividade do direito substantivo europeu da contratação pública e proteger os direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares que gravitam no universo pré- contratual público. Estas privilegiavam, sobretudo, a utilização de mecanismos de tutela preventiva ou antecipatória, que permitissem a correção

⁸⁸ Vide – GOMES, Pedro cerqueira – *op. cit.*, p. 301.

das infrações numa fase em que estas ainda pudessem ser emendadas, através de meios céleres e eficazes.

Dentro desta lógica preventiva, as diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE começaram por impor aos Estados-Membros a implementação de um recurso de tutela urgente nos seus artigos 1.º n.º 1 “...as decisões das entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível...”, que fosse capaz de decretar as medidas provisórias e definitivas necessárias para a correção de alegadas violações impedindo, assim, o surgimento de novos danos, conforme se dispunha nos seus artigos 2.º n.º 1, alínea a) “Decretar, no mais curto prazo, mediante processo de urgência, medidas provisórias...” e artigo 2.º n.º 1, alínea b) “Anular ou mandar anular as decisões ilegais, incluindo suprimir as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem dos documentos do concurso, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro documento relacionado com o processo de adjudicação do contrato em causa”. Por conseguinte, conferiu-se às instâncias de recurso a hipótese de decretarem a suspensão do procedimento adjudicatório. Sendo que esta decisão, deveria obedecer a uma ponderação igualitária dos interesses em jogo⁸⁹, nomeadamente, o interesse público e os direitos subjetivos dos particulares.

No que diz respeito à instância de recurso responsável por conduzir este mecanismo urgente e eficaz, a Diretiva deixou alguma margem de liberdade, uma vez que era, necessário respeitar a cultura jurídica de resolução de litígios públicos vigente nos diversos Estados-Membros⁹⁰. Havia a possibilidade de entregar este recurso urgente, em primeira instância, a Tribunais (judiciais ou administrativos⁹¹) ou a entidades administrativas independentes dos Estados-Membros. Mas, caso a instância responsável pelo recurso fosse uma entidade administrativa independente, as suas decisões deveriam ser, fundamentadas

⁸⁹ Artigo 2.º, n.º 5 da Diretiva 89/665/CEE e artigo 2.º, n.º 4 da Diretiva 92/13/CEE.

⁹⁰ Vide – GOMES, Pedro Cerqueira - *op. cit.*, p. 297.

⁹¹ Existia alguma diferença quanto à natureza jurídica dos contratos emergentes de procedimentos pré-contratuais públicos. Nalguns países eram contratos privados (Alemanha, Dinamarca e Reino Unido) estando submetidos à jurisdição civil; e noutros países contratos públicos (Espanha, França e Portugal) encontrando-se submetidos à jurisdição administrativa, Vide – GOMES, Pedro Cerqueira - *Op. cit.*, p. 297, nota 18

⁹² Vide - CARANTA, Roberto - *The Comparatist's Lens on Remedies in Public Procurement*, Istituto Universitario di Studi Europei, Working Papers Series European and Comparative Law Issues, 2011, pp. 1-15, disponível em: <http://workingpapers.iuse.it/wp-content/uploads/2011/08/2011-02-ECLI.pdf>

por escrito e passíveis de recurso jurisdicional, obedecendo a nomeação dos seus membros a estritos critérios⁹³.

Ambas as Diretivas impunham também a obrigatoriedade de se concederem indemnizações aos lesados⁹⁴. Contudo era importante notar que elevadas indemnizações poderiam comprometer o erário público, afetando a disponibilidade financeira dos Estados-Membros para satisfazer necessidades coletivas futuras. Era necessário arranjar um equilíbrio quanto ao quantum indemnizatório, por forma a não provocar situações de autêntica impunidade, mas, também, sem prejudicar de forma excessiva o erário público.

Capítulo 2.º

A Diretiva 2007/66/CE

Com o decorrer dos anos as instituições europeias constataram que as exigências de garantia de recurso, patentes nas primeiras Diretivas, não estavam a conseguir alcançar os objetivos traçados pelo legislador europeu. Surgiu a necessidade de uma reforma legislativa. Assim, em 2007, a Diretiva 2007/66/CE veio modificar as anteriores Diretivas 89/665 e 92/13/CEE.

Esta Diretiva procurou respeitar os direitos fundamentais dos interessados em contratar com as entidades adjudicantes e os princípios europeus aplicáveis à contratação pública, visando precisamente assegurar o pleno respeito pelo direito a um recurso efetivo e equitativo, em conformidade com o primeiro e segundo parágrafos do artigo 47.º da carta de direitos fundamentais da União Europeia e a plena aplicabilidade da disciplina substantiva europeia em matéria de contratação pública, acolhendo também as orientações do TJ⁹⁵.

A Diretiva 2007/66/CE teve por principal finalidade corrigir ou atenuar uma situação (que subsistia um pouco por toda a Europa) de défice de tutela jurisdicional dos participantes em procedimentos de contratação pública, em particular no que respeita à possibilidade de impugnação, em momento útil do ato de adjudicação. Este défice resultava de algumas deficiências que

⁹³ Artigo 2º nº 9 de ambas as Diretivas.

⁹⁴ Artigo 2º nº 1 alínea c) da Diretiva 89/665/CEE e artigo 2º nº 1 alínea d) da Diretiva 92/13/CEE.

⁹⁵ Cf. - FONSECA, Isabel Celeste M. - *A Directiva (recursos) nº 2007/66/CE : o reforço da efectividade do contencioso pré-contratual: what else?* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, (2008), p. 51.

atingiam, em termos de configuração e eficácia, os sistemas de contencioso em matéria de contratação pública que vigoravam nos vários Estados-membros no início do processo de revisão da Diretiva Recursos.

Uma das principais deficiências dizia respeito à extrema dificuldade em obter uma sentença judicial de anulação de um contrato público. Mesmo nos Estados-membros em que se admitia que a ilegalidade de certos atos do procedimento pré-contratual se projetasse sobre a invalidade do contrato celebrado subsequentemente, a verdade é que a morosidade associada aos processos impugnatórios tornava, na prática, extremamente difícil obter uma sentença judicial desse tipo. Porque, quando o tribunal se pronunciava sobre a questão, o contrato já estava plenamente executado,⁹⁶ ou entendia-se que a sua anulação representava um prejuízo inaceitável para o interesse público subjacente ao contrato⁹⁷; ou ainda, o decurso do tempo tornava os tribunais mais sensíveis à posição do cocontratante alicerçada nos valores da segurança e estabilidade jurídica⁹⁸, a prática demonstrava que a *“anulação de contratos públicos na sequência da anulação de atos pré-contratuais da entidade adjudicante era uma situação claramente excecional”*⁹⁹. A celebração e início de execução do contrato tendia a tornar material ou juridicamente irreversíveis as infrações ao direito da contratação pública¹⁰⁰.

A tutela dos particulares lesados por um ato de adjudicação ilegal estava, assim, restringida à dedução de um pedido indemnizatório. No entanto, nesta matéria, reinava, na grande maioria dos Estados-membros, uma grande incerteza jurídica e uma tendência para a jurisprudência fixar de forma muito restritiva as indemnizações a atribuir. Confrontados com as inúmeras dificuldades que o julgamento de uma ação indemnizatória deste tipo comporta, dificuldades que incidem particularmente: sobre o estabelecimento de um nexo de causalidade entre a infração cometida e um determinado dano; e sobre o cômputo deste dano, era patente uma tendência para os tribunais limitarem a

⁹⁶ Artigo 102.º, n.º 5, do CPTA.

⁹⁷ Aplicando-se a cláusula de salvaguarda prevista no artigo 283.º, n.º 4 do CCP.

⁹⁸ Podendo-se aplicar igualmente o 283.º, n.º 4 do CCP.

⁹⁹ TREUMER, Steen - *Towards an Obligation to Terminate Contracts Concluded in Breach of the EC Public Procurement Rules: The End of the Status on Concluded Public Contracts as Sacred Cows*, in Public Procurement Law Review, 2007, p. 372.

¹⁰⁰ No plano da sua reparação natural, por via da reconstituição da situação jurídico procedimental existente antes de tais infrações.

concessão de indemnizações a casos muito restritos, em especial quando o objeto do pedido de compensação fosse o interesse contratual positivo (ou seja, a indemnização respeitasse ao benefício/lucro que a execução do contrato poderia trazer ao concorrente lesado). Neste contexto, também a tutela indemnizatória se revelava particularmente ineficaz como efeito dissuasor sobre a conduta das entidades adjudicantes de forma a impedir a verificação de irregularidades nos procedimentos de adjudicação de contratos públicos¹⁰¹.

Esta situação acabou por resultar na adoção, pelas entidades adjudicantes, de um conjunto de práticas nocivas com o objetivo de garantir o efetivo cumprimento do direito da contratação pública. Uma dessas práticas era o recurso aos ajustes diretos ilegais¹⁰².

Outra delas respeitava à tendência para essas entidades, após a prática do ato de adjudicação, procederem rapidamente à celebração do contrato público visado, por forma a evitar que uma eventual ação judicial (já intentada ou a intentar por algum dos concorrentes vencidos) possa ter consequências relevantes sobre o desfecho do procedimento adjudicatório (fenómeno que ficou conhecido por “corrida à assinatura do contrato”). Como se disse antes, a outorga do contrato tornava praticamente irreversíveis os efeitos da adjudicação, deixando à empresa sucumbente apenas a possibilidade de poder reclamar um eventual ressarcimento dos danos (nos casos em que conseguisse provar a existência de prejuízos efetivos), e sendo-lhe retirada a possibilidade de ser adjudicatária em caso de sucesso do recurso. O incentivo era para as entidades adjudicantes precipitarem a celebração do contrato, frustrando, a tutela judicial dos concorrentes (ilegalmente) preteridos¹⁰³.

Foram estas razões que motivaram a Diretiva 2007/66/CE e que levaram o legislador comunitário a introduzir um conjunto de inovações destinadas a reforçar a efetividade dos mecanismos de recurso pré-contratuais, de maneira

¹⁰¹ CADILHA, António - *Contencioso Pré-Contratual*, Revista julgar, nº 23, Maio-Agosto de 2014, p. 209.

¹⁰² Vide- SWAN, Collin D. - *Lessons from across the pound: comparable Approaches to balancing contractual efficiency and accountability in the U.S. bid protest and european procurement Review systems*, Public Contract Law Journal ,Vol. 43, nº1, 23 May 2013, pp. 45-47, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2750124> [consultado 5-01-2018]

¹⁰³ Um vez que o único risco que corriam era o de eventualmente virem a ser condenadas a pagar uma indemnização, que dificilmente seria em montante elevado e que só sucederia muito tempo depois, devido a morosidade dos processos indemnizatórios.

a garantir que estes estejam efetivamente disponíveis num momento prévio à celebração do contrato, e que as entidades adjudicantes não possam livremente restringir a sua eficácia, conseguindo, através da simples celebração antecipada do contrato, evitar o pleno alcance da tutela jurisdicional¹⁰⁴.

Adotaram-se três medidas fundamentais:

i. *Standstill*¹⁰⁵

É um termo suspensivo obrigatório, de natureza procedimental, que deve necessariamente decorrer entre a notificação do resultado do procedimento pré-contratual aos interessados e a celebração do contrato público (artigo 2.º - A). Esse período mínimo de suspensão é de 10 ou 15 dias consecutivos¹⁰⁶, dependendo do meio de comunicação utilizado. É um impedimento temporário à celebração do contrato, que opera ex lege por um determinado período de tempo, independentemente da proposição de qualquer ação judicial. A obrigação de “standstill”, destina-se a garantir àqueles participantes tempo suficiente para avaliarem a legalidade do ato de adjudicação e (se for caso disso) ativarem mecanismos, sem correrem o risco de o contrato ser, entretanto, outorgado.

Esta medida resulta de uma codificação da jurisprudência do Tribunal de Justiça nos casos Alcatel¹⁰⁷ e Comissão vs Áustria¹⁰⁸. Nestes casos, o Tribunal de Justiça considerou indispensável que fosse facultado aos concorrentes um período de tempo suficiente para analisarem a decisão de adjudicação, sendo este mesmo período parte incindível de um princípio de tutela efetiva. São, no entanto,

¹⁰⁴ Cf. – CADILHA, António – op. cit., p. 210.

¹⁰⁵ Vide - *Implementation of the Remedies Directive: OGC Guidance on the 2009 amending, regulations, Part 2: the new rules on the Standstill Period*, 17 December 2009 pp. 1-18

¹⁰⁶ Alguns Estados-Membros decidiram fazer coincidir o período de *standstill* com o prazo de caducidade para instaurar o recurso pré-contratual dos contratos abrangidos pelas Diretivas, de forma a respeitar o espírito suspensivo desta medida, apesar de a Diretiva não o exigir expressamente.

¹⁰⁷ C-81/98, disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44818&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=119403>.

¹⁰⁸ C-212/02, disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=49310&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=120012>.

permitidas exceções a este prazo suspensivo nas situações elencadas no artigo 2º - B, designadamente nos casos de aquisições particularmente urgentes ou efetuadas mediante acordos-quadro.

ii. Efeito suspensivo automático

O legislador comunitário teve a noção de que a anterior medida isolada (*standstill*) não representaria qualquer significativo acréscimo de eficácia do sistema se não se garantisse que, sempre que um dos concorrentes preteridos decida efetivamente impugnar o ato de adjudicação, o tribunal pudesse dispor do tempo indispensável para apreciar a viabilidade desse pedido, antes da celebração do contrato (ou pelo menos para prolongar a suspensão *ex lege*)¹⁰⁹. Ficou consignado um segundo termo suspensivo, que se distingue do primeiro por se tratar de uma suspensão não obrigatória mas facultativa¹¹⁰.

Mantém-se a possibilidade de adotar medidas provisórias, podendo estas levar ou não à suspensão do procedimento pré-contratual o que dependerá sempre de uma análise e ponderação casuística dos interesses presentes. No entanto, a nova Diretiva impôs a existência de um efeito suspensivo automático quando o recurso incida sobre o ato de adjudicação (artigo 2.º, n.º 3, 4 e 5 da Diretiva), devendo o procedimento permanecer suspenso até que o órgão responsável pelo recurso, em primeira instância, tenha decidido sobre a manutenção ou o levantamento do efeito suspensivo¹¹¹. Quanto aos critérios que devem presidir à decisão de manutenção ou levantamento do efeito suspensivo, a Diretiva é omissa, remetendo a sua regulamentação para os Estados-Membros, que têm assim discricionariedade¹¹².

¹⁰⁹ Senão a possibilidade de tutela jurisdicional que a paralisação *ex lege* do procedimento proporciona revelar-se-ia meramente teórica, dada a impraticabilidade de obtenção dessa tutela no curto espaço de vigência do “*standstill*”.

¹¹⁰ Depende da utilização, pelo interessado, de meios de reação judicial contra o ato de adjudicação.

¹¹¹ Artigo 2.º, n.º 3 de ambas as Diretivas (versão consolidada).

¹¹² Mas não poderão colocar em causa o princípio da efetividade de Direito da União Europeia.

Os Estados-Membros podem optar por fazer coincidir o fim do efeito suspensivo com um de três momentos, segundo António Cadilha¹¹³: “associar esse efeito automático à dedução de uma providência cautelar de suspensão de procedimento, cuja decisão determinaria o fim do efeito; associar o efeito automático à propositura de uma ação principal de impugnação do ato de adjudicação, só cessando o efeito com o encerramento desta; ou por último associar o efeito automático à propositura de uma ação cautelar ou principal de impugnação do ato de adjudicação, mas prever um mecanismo de avaliação prévia da admissibilidade da pretensão do requerente” (através da qual o tribunal pudesse levantar o efeito suspensivo automático se, numa apreciação perfunctória das perspetivas de êxito da pretensão impugnatória, se verificasse que esta era manifestamente infundada).

iii. Privação de efeitos (do contrato)

Por último, o estabelecimento da “privação de efeitos” como sanção para a adjudicação ilegal de contratos, principalmente para pôr fim aos ajustes diretos ilegais. Alarga-se, pela primeira vez, a tendência de europeização dos contratos públicos à disciplina substantiva que rege a própria execução dos contratos, igualmente influenciada pelo Tribunal de Justiça. O objetivo deste tipo de sanção seria, por um lado, esclarecer que certas violações graves de Direito da União Europeia no domínio dos contratos públicos não poderiam continuar a ser protegidas sob o manto do princípio *pacta sunt servanda* e, por outro lado, funcionar como uma alternativa à fraca cultura indemnizatória dos Estados-Membros¹¹⁴. No entanto os Estados-Membros podiam evitar esta sanção, se respeitassem os requisitos cumulativos. Por exemplo, o artigo 2.º-D, n.º 4¹¹⁵ que permite o afastamento da “privação de efeitos” quando: “a) a autoridade adjudicante considere que a adjudicação de um contrato

¹¹³ Cf. – CADILHA, António- *op. cit.*, p 211-212.

¹¹⁴ Não produzia o efeito desencorajador necessário.

¹¹⁵ Redação da Diretiva 89/665/CEE e da Diretiva 92/13/CEE (versão consolidada)

sem publicação prévia de um anúncio de concurso no Jornal Oficial da União Europeia é permitida nos termos da Diretiva 2014/24/EU ou da Diretiva 2014/23/UE; b) a entidade adjudicante tenha publicado um anúncio voluntário de transparência ex-ante, nos termos do artigo 3º - A da diretiva; c) tenha sido respeitado o período standstill". Por último, a instância de recurso independente da entidade adjudicante, depois de uma ponderação dos interesses em causa, poderá considerar que o contrato, mesmo ilegal não será desprovido de efeitos, uma vez que existem razões imperiosas de interesse geral que exigem a manutenção dos seus efeitos (artigo 2.º -D, n.º 3), devendo a instância de recurso, nesse caso, optar por sanções alternativas, tais como a aplicação de sanções pecuniárias à entidade adjudicante ou a redução do contrato (artigo 2.º-E, n.º 2).

Capítulo 3.º

O Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro e a insuficiente transposição da Diretiva 2007/66/CE

O legislador europeu, com as alterações providenciadas pela Diretiva 2007/66/CE, pretendeu instaurar, definitivamente, uma tutela verdadeiramente antecipatória, privilegiando a utilização de instrumentos jurídicos capazes de corrigir ilegalidades numa fase em que as infrações ainda pudessem ser corrigidas.

Ora, atendendo, quer à natureza do ato de adjudicação como ato administrativo culminante do procedimento adjudicatório, quer à proximidade temporal do mesmo com o ato capaz de criar situações definitivas de facto consumado, isto é, com a outorga do contrato, não é de estranhar que a imposição de um efeito paralisante automático seja alocada num momento posterior à decisão de adjudicação. O ato de adjudicação funciona como último reduto da tutela preventiva, uma vez que com a outorga do contrato somos remetidos para o universo da tutela pós-contratual.

Assim, compreende-se a existência de um termo suspensivo obrigatório entre a adjudicação e a celebração do contrato (*standstill* — artigo 2.º-A da

Diretiva 2007/66/CE) e o automático prolongamento desse mesmo efeito suspensivo caso o recurso incida sobre o ato de adjudicação (efeito suspensivo automático), devendo este perdurar até que o órgão responsável pelo recurso decida, em primeira instância, do fundo da causa ou sobre a manutenção e levantamento do efeito suspensivo, após uma ponderação equitativa e igualitária dos interesses em jogo (artigo 2.º, n.º 3, 4 e 5 da Diretiva 2007/66/CE). Estas medidas operam, em conjunto, para atingir o mesmo objetivo de evitar o fenómeno da corrida à assinatura do contrato. No entanto, o Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro fracassou no seu intento, já que este tinha como propósito transpor para o ordenamento português a dupla obrigação suspensiva, decorrente da Diretiva 2007/66/CE¹¹⁶, mas isso não aconteceu.

Embora este Decreto-Lei no seu preâmbulo tenha enunciado o propósito de transpor integralmente a Diretiva, a verdade é que essa intenção apenas aconteceu no plano substantivo, nomeadamente através da redação do artigo 104.º n.º1 alínea a) do código dos Contratos Públicos (período de *standstill*), mas absteve-se de introduzir no plano processual (CPTA) a previsão do efeito suspensivo automático que era imposto no artigo 2.º n.º 3 da diretiva.

A obrigação de *standstill* (artigo 104.º, n.º1 alínea a) do CCP exige que o contrato não possa ser celebrado antes de decorridos 10 dias contados da data de notificação da decisão de adjudicação a todos os concorrentes¹¹⁷. Este prazo de suspensão já vigorava em Portugal desde 2008, nos artigos 95.º e 104.º do CCP, mas com um conjunto de exceções bastante menos abrangentes do que as atuais. O Decreto-Lei nº131/2010, de 14 de Dezembro, veio ampliar o conjunto de situações onde é possível prescindir deste efeito paralisante e celebrar o contrato de imediato, ou seja, logo após o momento adjudicatório.

A redação inicial do artigo 104.º, n.º alíneas a) e b) do CCP, apenas permitia o afastamento do período *standstill* quando a escolha do procedimento assentasse num critério de urgência ou o valor do contrato se situasse abaixo dos limiares europeus. No entanto a redação do artigo 104.º, n.º 2, alíneas a) e b) foi modificada, acompanhando textualmente o artigo 2.º-B, alínea a) da

¹¹⁶ Artigo 1º Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro.

¹¹⁷ Artigo 77º do CCP.

Diretiva 2007/66/CE, *“Não tenha sido publicado anúncio do procedimento no Jornal Oficial da união Europeia”*. Maria João Estorninho¹¹⁸ criticou este alargamento. Na conceção da autora, embora aparentemente em consonância com as exigências da Diretiva, o facto de o período de suspensão ser também ele um instrumento de garantia dos princípios fundamentais da atividade concursal administrativa, nomeadamente a legalidade, proteção do interesse público, imparcialidade, transparência e concorrência, deveria justificar uma opção mais restritiva. Pedro Cerqueira Gomes¹¹⁹ acrescenta ainda que, o Governo deveria ter mantido a redação anterior ao Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro, porque era, *“aquela que melhor se adequava à representação da realidade social nacional. Destarte, num panorama nacional onde as entidades adjudicantes optam 95,9% das vezes por procedimentos de ajuste direto (não abertos à concorrência), é fundamental que a maior parte dos mesmos esteja sujeito a um momento de paralisação, dado que isso permitiria uma melhor monitorização de potenciais ajustes diretos ilegais, devendo apenas ficar isentos aqueles contratos que visem a satisfação de necessidades públicas urgentes”*.

Nenhum dos meios contenciosos disponibilizados pelo CPTA¹²⁰ tinha a virtualidade de conferir um verdadeiro efeito suspensivo automático decorrente da impugnação do ato de adjudicação.

Uma vez que os artigos 100.º a 103.º não previam o efeito suspensivo automático do ato de adjudicação, caso o concorrente preterido pretendesse suspender os efeitos do ato, teria que recorrer a uma providência cautelar de suspensão da eficácia desse mesmo ato. No entanto os interessados deparavam-se com um obstáculo, que resultava da falta de previsão expressa de qualquer solução que determinasse a paralisação do ato. Nos termos do artigo 132.º n.º 3 do CPTA, às providências cautelares relativas a procedimentos de formação de contratos aplicar-se-iam as regras do capítulo anterior (artigos 112.º a 117.º) *“com ressalva do disposto nos números seguintes”*. Mas estes números seguintes não continham nenhuma disposição a respeito da paralisação do ato. Por sua vez o artigo 128.º que consagrava a

¹¹⁸ Estorninho, Maria João - *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2012, página 407

¹¹⁹ Cf. GOMES, Pedro Cerqueira – *op. cit.*, p. 312.

¹²⁰ Antes da revisão do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de Outubro.

tradicional suspensão imediata e provisória do ato suspendendo não se encontrava inserido sistematicamente no capítulo anterior (mas no mesmo capítulo do artigo 132.º). Assim logo em 2007 (mesmo ano da Diretiva) o Supremo Tribunal Administrativo (STA) afirmava, no seu acórdão de 20 de Março de 2007¹²¹ que às providências cautelares em sede de contencioso pré-contratual não era aplicável o artigo 128.º. Na doutrina, contudo, vários autores criticaram esta solução e defendiam a aplicação do artigo 128.º no caso de providências pré-contratuais. De facto, em 2013, o STA veio no acórdão de 3 de Outubro de 2013¹²², inverter o seu entendimento relativamente a essa questão defendendo o alargamento do artigo 128.º às providências cautelares pré-contratuais. Contudo, o STA reconheceu que quando o requerimento cautelar fosse notificado à entidade adjudicante, já depois de celebrado o contrato (por já ter entretanto decorrido o “período de *standstill*”), o vínculo contratual não podia ser afetado, na medida em que ele resultava de um ato de adjudicação que retomou a sua plena eficácia, o que conduzia a concluir que o particular apenas podia impedir a celebração do contrato (em aplicação do disposto no artigo 128.º), desde que deduzisse o pedido de suspensão jurisdicional da eficácia do ato de adjudicação, ainda dentro do período de *standstill*, porque só nesse caso é que o eventual ato de celebração do contrato seria um ato indevido e ineficaz (por ter sido praticado em desconformidade com a proibição de executar o ato de adjudicação decorrente do artigo 128.º).

No entanto, ao contrário do pensamento de alguns autores, que defendiam que com esta nova posição do STA se dava resposta às exigências da Diretiva recursos, a verdade é que este mecanismo de suspensão de eficácia do ato, previsto no artigo 128.º, não cumpria totalmente as exigências da Diretiva. Pese embora o artigo 128º garantisse um efeito suspensivo automático com a interposição do processo cautelar, vigorando a partir da notificação do requerimento cautelar à entidade adjudicante, esta dispunha da possibilidade de outorgar o contrato sem prévia intervenção do tribunal, bastando para o efeito, que emitisse ela própria, uma resolução fundamentada em que assumisse que o diferimento de execução do ato de adjudicação seria gravemente prejudicial para o interesse público. Ora de acordo com o

¹²¹ Processo nº 01191/06.

¹²² Processo nº 0829/13.

considerando 12 da Diretiva 2007/66/CE o efeito suspensivo só deverá terminar com uma decisão definitiva (sobre o fundo da questão) ou provisória/cautelar (relativa ao levantamento ou manutenção da suspensão) por parte da instância responsável pelo recurso, ou seja, a decisão sobre o término do efeito suspensivo não pode ficar a cargo da entidade adjudicante.

Também o artigo 131.º do CPTA não satisfazia o requisito imposto pela Diretiva, o mecanismo aí previsto não garantia um prolongamento do efeito suspensivo automático decorrente do “*standstill*”, que evitasse a celebração do contrato; e o facto da jurisprudência administrativa se ter revelado bastante restritiva no decretamento provisório de providências cautelares, com base no critério de “especial urgência”, tornava praticamente impossível os operadores económicos retirarem algum efeito útil daquele mecanismo.

A tudo isto não podemos deixar de acrescentar a tendencial demora na apreciação dos incidentes de declaração de ineficácia dos atos de execução indevida (artigo 128.º) e a relativa parcimónia com que eram atendidas as justificações dadas pelas entidades adjudicantes.

Como expôs Margarida Olazabal Cabral¹²³: “*o tempo médio de duração de um processo urgente principal, respeitante ao contencioso pré-contratual (artigo 100.º CPTA), podia variar entre um a três anos; a duplicação de meios urgentes na disponibilidade dos operadores económicos, designadamente o processo cautelar (artigos 128.º; 131.º; 132.º CPTA) e o processo urgente principal (artigo 100.º e seguintes do CPTA), ao contrário do que seria expectável, agravava a crise de falta de urgência, pois o juiz tendia a não decretar medidas cautelares de natureza suspensiva conduzindo, portanto, à celebração e execução do contrato e com estas se diluía o elemento justificativo de uma tutela urgente (evitar a outorga e execução do contrato); a ponderação de interesses, figurava muito desequilibrada levando, na maior parte das ocasiões, ao não decretamento da providência cautelar, porque os interesses dos concorrentes, máxime a não celebração do contrato, situam-se, a maioria das vezes, num plano de inferioridade em comparação com o suposto interesse público da Administração em celebrar o contrato; a decisão favorável no processo principal aparecia num momento em que o contrato já*

¹²³ GOMES, Pedro Cerqueira – *op. cit.*, p. 317

tinha sido celebrado e executado, deixando o autor apenas com a possibilidade de recorrer à via indemnizatória, dado que existia uma impossibilidade de executar a sentença por causa legítima de inexecução”.

Não funcionando a via da tutela preventiva, os interessados, recorriam ao plano indemnizatório¹²⁴. A regulamentação europeia não é omissa quanto às indemnizações a conceder pelas Entidades adjudicantes. Além da obrigatoriedade de conceder indemnizações (artigo 2.º, n.º 1, alínea c) da Diretiva 2007/66/CE), a União Europeia decretou, também, uma flexibilização do nexo de causalidade (artigo 2.º, n.º 7 da Diretiva 92/13/CEE). O elo de ligação entre o evento lesivo e os prejuízos e danos ressarcíveis será aferido segundo um critério de “...possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicado por essa violação”¹²⁵.

No entanto a jurisprudência nacional não tem responsabilizado desta forma as entidades adjudicantes, especialmente quando afere do quantum indemnizatório nas situações onde existe uma causa legítima de inexecução da sentença (artigos 45.º; 102.º, n.º 5 ou 173.º e seguintes do CPTA).

Em face das dificuldades probatórias a maior parte dos interessados não conseguia provar que teria sido ele o adjudicatário caso não tivesse ocorrido a ilegalidade. Deixando o julgador, a maior parte das vezes, entre dois cenários possíveis: o interessado não tinha qualquer hipótese de ser escolhido como adjudicatário; ou o interessado não consegue provar que deveria ter sido escolhido como adjudicatário, mas também o julgador não consegue afirmar categoricamente que ele não tinha qualquer hipótese de o ser. Em ambas as situações, a jurisprudência concede indemnizações, com base na equidade, somente aptas a reintegrar o direito à legalidade disciplinadora do procedimento pré-contratual, ignorando que na segunda situação também está obrigado a indemnizar o concorrente pelo grau de possibilidade real que este tinha na vitória do concurso.

No entanto não podemos esquecer que na contratação pública as indemnizações poderão comprometer o erário público, afetando a disponibilidade financeira das Entidades adjudicantes para satisfazer necessidades coletivas futuras, sendo necessário obter um equilíbrio

¹²⁴ Que assumia um papel secundário.

¹²⁵ Vide GOMES, Pedro Cerqueira – *op. cit.*, p. 319.

relativamente ao quantum indemnizatório, por forma a não provocar situações de autêntica impunidade, mas, também, sem prejudicar de forma excessiva o erário público.

Podemos assim concluir que no plano substantivo o Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro transpôs para o Código de Contratos Públicos o “período de *standstill*” no artigo 104.º n.º 1 alínea a). Contudo este Decreto-Lei absteve-se de transpor para o CPTA o efeito suspensivo automático. Assim o CPTA (2002) não tinha nenhuma disposição que cumprisse esta exigência da Diretiva 2007/66/CE. Nem o artigo 128.º do CPTA¹²⁶, nem o artigo 131.º do CPTA. A isto acrescia a demora na apreciação dos incidentes de declaração de ineficácia dos atos de execução indevida (artigo 128.º), a relativa parcimónia com que eram atendidas as justificações dadas pelas entidades adjudicantes e a dificuldade para conceder indemnizações o que deixava claro que alguns dos mecanismos previstos na diretiva recursos não tinham reflexo no regime português.

¹²⁶ Mesmo depois da posição do STA no acórdão de 3 de Outubro de 2013, processo nº 0829/13.

Parte III

Revisão do CPTA - Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro

Com o Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro, o legislador procedeu a uma revisão do regime do contencioso administrativo, constante do CPTA, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

Entre as várias alterações agora introduzidas no CPTA, destaca-se a revisão do regime do contencioso pré-contratual, numa transposição tardia da Diretiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007, uma vez que o regime do Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro, que anteriormente alterara o CCP, não se mostrava suficiente para dar resposta aos imperativos do Direito da União Europeia, sendo portanto uma revisão há muito reclamada pela doutrina.

Capítulo 1.º

Principais alterações no Regime do contencioso Pré-Contratual – Artigos 100.º a 102.º

Após esta revisão, o contencioso pré-contratual urgente passou a integrar a forma processual de ação administrativa urgente em vez da anterior designação de “impugnações urgentes”¹²⁷.

Outra alteração prende-se com o âmbito objetivo deste meio processual, que passa agora a abranger também o contrato de concessão de serviços públicos. Antes desta revisão apenas os contratos de concessão de empreitadas de obras públicas (mas não de concessão de serviços públicos) estavam abrangidos pelo contencioso pré-contratual. Esta alteração que era defendida por grande parte da doutrina, deveu-se à nova redação dada pela Diretiva 2014/23/UE ao artigo 1.º n.º 1 das Diretivas recursos, que passaram a estender o âmbito de aplicação às concessões de obras ou de serviços a que se refere essa mesma diretiva 2014/23/UE. Nestes termos, a Diretiva recursos atinente

¹²⁷ ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4ª edição, 2017, p.796.

aos sectores gerais (Diretiva 89/665/CEE) passou a abranger os contratos a que se referem as Diretivas 2014/24/UE e 2014/23/UE e a Diretiva recursos respeitante aos sectores especiais (Diretiva 92/13/CEE) passou a abranger os contratos a que se referem as Diretivas 2014/25/UE e 2014/23/UE¹²⁸.

Como se refere no ponto 5.2 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, a ampliação do âmbito de aplicação do contencioso pré-contratual teve como resultado que este meio processual passasse *“a abranger o contencioso relativo à formação de todos os tipos contratuais compreendidos pelo âmbito de aplicação das Diretivas da União Europeia em matéria de contratação pública”*.

Nesta linha, esta revisão introduziu também duas alterações terminológicas no artigo 100.º, n.º 1: agora refere-se a contratos de aquisição ou locação de bens móveis (anteriormente designados como contratos de fornecimentos de bens) e a contratos de aquisição de serviços (anteriormente designados como contratos de prestação de serviços) de modo a harmonizar a nomenclatura com aquela que conta das Diretivas (e do CCP).

Note-se, que, apesar deste alargamento do âmbito objetivo do contencioso pré-contratual, o mesmo ainda não coincide totalmente com o âmbito de aplicação do CCP, pois, além de este se aplicar também a contratos não tipificados, desde que o seu objeto abranja prestações submetidas (ou que são passíveis de ser submetidas) à concorrência de mercado, mesmo de entre os contratos típicos continua a faltar o contrato de sociedade, cuja formação é regulada pelo CCP¹²⁹ mas cujos litígios não se inserem no escopo do contencioso pré-contratual, mesmo depois desta revisão. Além disso, este processo não abrange igualmente outros contratos relevantes no contexto da atividade da Administração Pública, como os de alienação e aquisição de bens imóveis¹³⁰.

Uma questão que se coloca é a de se saber se o contencioso pré-contratual é aplicável aos contratos mistos (artigo 32.º do CCP), entendendo-se como tal os contratos cujo objeto abranja, simultaneamente, prestações típicas de

¹²⁸ Idem, p. 799.

¹²⁹ Artigos 16º, nº 2, alínea f e 31º, nº 1 e 3 do CCP.

¹³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de- *A Justiça Administrativa (lições)*, 15ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 240.

contactos abrangidos e não abrangidos pela previsão do artigo 100.º n.º 1 do CPTA.

O acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA-sul) de 17 de Setembro de 2009¹³¹, sufragou o entendimento segundo o qual o regime processual do contencioso pré-contratual urgente é aplicável na circunstância, das prestações de, pelo menos um dos tipos negociais combinados em contrato misto, pertencer a uma das categorias nominadas do artigo 100º. No entanto autores como, o professor Mário Aroso de Almeida e o conselheiro Carlos Alberto Fernandes Cadilha¹³² defendem que se deve aplicar um critério qualitativo, aplicando-se o contencioso pré-contratual quando a prestação do catálogo constituir o objeto principal do contrato ou representar a sua maior expressão financeira, e já não quando ela for irrelevante na economia do negócio. Ademais a qualificação do contrato quando envolva diversos tipos de prestações, é definida pela própria Diretiva 2014/24/UE¹³³, em função do seu objeto principal, sendo irrelevantes a inclusão de prestações de outra natureza se revestirem um caráter de acessoriedade em relação à prestação típica que é tida como predominante.

Também relativamente às pretensões que podem ser formuladas no âmbito do contencioso pré-contratual o legislador introduziu alterações, embora, aqui, se tenha tratado de consagrar expressa e formalmente algo que já resultava de uma interpretação conjugada do regime e que, na prática, era pacificamente admitido. Assim, enquanto anteriormente o contencioso pré-contratual parecia apenas vocacionado para a impugnação de atos administrativos (e das peças de procedimentos pré-contratuais), com esta revisão, passou a tornar-se inequívoco que este meio processual compreende não só as ações de impugnação como também as de condenação à prática de atos administrativos, esclarecimento útil mas que, não é uma verdadeira inovação face ao regime anterior. Foi este aliás o propósito da alteração da expressão “*impugnações urgentes*”.

Este entendimento era defendido pela doutrina e jurisprudência em vários acórdãos. Dadas as considerações de urgência que justificam a autonomização

¹³¹ Processo nº 4800/09.

¹³² ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes- op. cit., p. 800

¹³³ Considerando 11 e artigo 3º nº 2.

do contencioso pré-contratual urgente, era difícil aceitar que o regime processual fosse apenas aplicado para o efeito de impugnações de atos administrativos, mas já não como meio de reação contra atos negativos ou situações de inércia administrativa, dirigido à condenação à prática de atos devidos.

Por outro lado, o legislador (que na versão final do diploma abandonou a previsão expressa que constava anteriormente do artigo 100.º, n.º 3, na versão do Anteprojeto) veio clarificar que também no contencioso pré-contratual, é admitida a cumulação de pedidos (permitida nos termos gerais do artigo 4º do CPTA¹³⁴), mesmo que aos demais pedidos cumulados, se isoladamente deduzidos, não correspondesse um processo urgente. A tramitação a observar nestes casos é, *“com as adaptações que se revelem necessárias”*, a do processo urgente, *“devendo as adaptações que impliquem menor celeridade do processo cingir-se ao estritamente indispensável”* (artigo 5.º, n.º 1 do CPTA), podendo ainda o Tribunal, quando *“a complexidade da apreciação do pedido ou pedidos cumulados”* o justifique, *“antecipar a decisão do pedido principal em relação à instrução respeitante ao pedido ou pedidos cumulados, que apenas tem lugar se a procedência destes pedidos não ficar prejudicada pela decisão tomada quanto ao pedido principal”* (artigo 5.º, n.º 2 do CPTA).

Quanto ao prazo, aparentemente, parece não existirem alterações, uma vez que o artigo 101.º do CPTA continua a prever que os processos do contencioso pré-contratual devem ser intentados *“no prazo de um mês”*, o que abrange, os pedidos de impugnação de atos administrativos e também os pedidos de condenação na prática de atos devidos.

No entanto, há pelo menos duas diferenças importantes. A primeira é a de que este prazo de um mês não se aplica à impugnação das peças procedimentais¹³⁵. No regime anterior, a jurisprudência orientou-se no sentido de o prazo de um mês ser aplicável tanto à impugnação de atos administrativos como à de atos normativos, ou seja, das peças procedimentais, o que, suscitou críticas da doutrina, e levantava a questão de saber se, decorrido esse prazo de um mês para a impugnação autónoma (a título direto e principal) das peças,

¹³⁴ E artigo 103.º, n.º 2, que prevê expressamente que o pedido de impugnação das peças procedimentais pode ser cumulado com o pedido de impugnação de um ato administrativo de aplicação das determinações contidas nesses documentos.

¹³⁵ A estes casos aplica-se o artigo 103º, nº 3 do CPTA.

os interessados ainda poderiam, mais tarde, no âmbito da impugnação da adjudicação, vir a invocar em juízo as ilegalidades das peças, agora a título indireto e incidental; questão que suscitou, também divergências jurisprudenciais mas que agora é expressamente resolvida pelo legislador. Assim, o prazo de um mês previsto no artigo 101.º do CPTA só se aplica à impugnação de atos administrativos, e já não à impugnação das peças procedimentais, que passam agora a poder ser impugnadas *“durante a pendência do procedimento a que os documentos em causa se referem”*.

Foi discutida ainda antes desta revisão, a questão de se saber se o prazo de caducidade de um mês é aplicável às impugnações fundadas em nulidade, sendo que a jurisprudência defendia que este preceito consagrava um regime especial, que não contemplava exceções, sendo assim o prazo nele previsto era aplicável quer aos atos meramente anuláveis quer aos atos nulos. Mas este não foi o entendimento maioritário da Doutrina, para a qual a especificidade do contencioso pré-contratual, não se poderia sobrepor ao regime geral da invalidade dos atos administrativos¹³⁶. Assim, os atos nulos, quando proferidos no procedimento pré-contratual, manteriam a sua intrínseca característica de inaptidão para a produção de quaisquer efeitos jurídicos, com as consequências que lhes são inerentes, como no plano da invocabilidade a todo o tempo da nulidade por qualquer interessado¹³⁷.

No entanto, hoje, após a revisão do CPTA parece não haver dúvidas de que este prazo de um mês também se aplica aos atos nulos quer se estruture como uma ação de impugnação, quer como uma ação de condenação, quer ainda independentemente do autor. Desde logo o silêncio do legislador nesta matéria (embora soubesse da divergência doutrinária) deve ser interpretado como sinal de prevalência do entendimento da jurisprudência, tanto mais que o artigo 101º do CPTA só remete para o n.º 3 (mas não para o n.º 1) do artigo 58.º do CPTA e que, substantivamente, também os artigos 283.º, n.º 1 do CCP e 162.º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo admitem que a nulidade possa estar sujeita a prazo.

¹³⁶ Artigo 133º do anterior Código de procedimento Administrativo.

¹³⁷ Artigo 134º, nº 2 do anterior Código do Procedimento Administrativo.

Ana Fernanda Neves apresenta 4 razões para que este prazo se aplique também aos atos nulos¹³⁸: os “prazos para interposição de recurso” “de uma decisão de uma entidade adjudicante tomada no contexto ou em relação a um procedimento de adjudicação” abrangido por uma das Diretivas relativas à contratação pública, nos termos das correspondentes Diretivas recursos, são de dez e quinze dias em função dos termos da notificação respetiva¹³⁹; a necessidade de “tratamento urgente” das violações do DUE dada a “brevidade” dos procedimentos adjudicatórios e o objetivo pretendido da celebração de contratos válidos estáveis¹⁴⁰; “a jurisprudência do TJUE tem colocado a ênfase sobretudo na necessidade de previsibilidade, clareza e precisão do prazo”¹⁴¹; “o prazo verdadeiramente efetivo no caso de impugnação do ato de adjudicação é o prazo correspondente ao período de standstill, pois só se a ação der entrada nesse período é possível prolongar o efeito suspensivo e, portanto, prevenir o periculum in mora”¹⁴².

Embora não haja uma remissão expressa para essa norma¹⁴³, deve considerar-se aplicável o disposto no artigo 58.º, n.º 2, que manda contar o prazo de impugnação nos termos do artigo 279.º do Código Civil (CC). Esta disposição aplica-se ao contencioso pré-contratual por força do artigo 97.º, n.º 1 do CPTA.

Quanto à notificação, o termo *a quo* do exercício do direito de ação deve apenas iniciar-se “a partir do momento em que os interessados podem efetivamente conhecer as decisões... que lhes impõe um encargo ou que

¹³⁸ NEVES, Ana Fernanda Ferreira Pereira - *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA: “Questões de articulação do Código do Procedimento Administrativo com o Código de Processo nos Tribunais Administrativos”*, coordenação - Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2016, pp. 110-111.

¹³⁹ Artigos 2º-A e 2º-C da Diretiva 89/665/CEE.

¹⁴⁰ Preâmbulo da Diretiva 89/665/CEE.

¹⁴¹ No caso Uniplex, o TJ considerou que “um prazo de caducidade cuja duração é deixada à livre apreciação do juiz competente não é previsível na sua duração” e que, deste modo, “uma disposição nacional que prevê tal prazo não assegura uma transposição efetiva da Diretiva 89/665/CEE”, que reclama um “regime de prazos suficientemente preciso, claro e previsível para permitir aos particulares conhecerem os seus direitos e obrigações” (Acórdão do TJ de 28.01.2010, C-406/08, n.ºs 40 e 38, respetivamente).

¹⁴² Como diz SWAN, Collin D., “By requiring such a standstill period, the ECJ helped to improve the effective reviewability of contract award decisions”, mas este não chega, sendo necessário manter a suspensão com a sua impugnação – *Lessons from Across the Pond: Comparable Approaches to Balancing Contractual Efficiency and Accountability in the U.S. Bid Protest and European Procurement Review Systems* (May 30, 2013). *Public Contract Law Journal*, Vol. 43, Nº. 1, 2013 (disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2750124>), pp. 46-47.

¹⁴³ O artigo 101º não remete para o artigo 58.º, n.º 2

podem afetar os seus direitos e interesses legítimos. “Para que o direito de acesso (a tribunal) seja efetivo, um indivíduo deve ter a oportunidade clara e prática de impugnar um ato que interfere com os seus direitos”¹⁴⁴. No entanto, o artigo 101.º do CPTA remete para o artigo 60.º (notificação ou publicação deficientes), admitindo o início do respetivo prazo mesmo quando não acompanhado dos motivos da decisão¹⁴⁵. Como refere Ana Neves¹⁴⁶ “Para além de a disposição ser pouco harmónica com o DUE¹⁴⁷, é pouco consonante com o CPA, na medida em que este não modela, nem a propriedade da notificação (quanto ao seu conteúdo¹⁴⁸), nem a sua eficácia¹⁴⁹, designadamente para efeitos de reação contenciosa”¹⁵⁰. “A não observância das exigências legais relativas ao conteúdo da notificação não deve reverter num ónus para o particular, o ónus de ter de requerer os elementos em falta para poder conhecer o ato – quanto aos elementos que dele devem constar¹⁵¹ –, de modo a poder exercer (ou exercer de forma adequada) sem delongas o direito de ação (e sem ter de ser «empurrado» para o processo de intimação para a prestação de informações^{152 153})”.

A segunda diferença diz respeito às alterações relativas às regras gerais de contagem dos prazos de impugnação, para as quais o artigo 101.º do CPTA continua a remeter e que têm relevância prática, nomeadamente o novo n.º 3 do artigo 58.º do Código de Processo quanto às circunstâncias em que a ação pode (validamente) ser proposta após o prazo-regra legalmente fixado para esse efeito. Contudo, independentemente da verificação dessas circunstâncias, o prazo de um mês previsto no artigo 101.º do CPTA continua a ser “um prazo

¹⁴⁴ Cf. - NEVES, Ana Fernanda Ferreira Pereira, *op. cit.*, p. 102

¹⁴⁵ O interessado tem de requerer a indicação, no prazo de 30 dias, das menções em falta, com a consequente interrupção do prazo da ação, a qual se mantém se pedir a intimação judicial correspondente (artigo 60, n.º 3).

¹⁴⁶ NEVES, Ana Fernanda Ferreira Pereira, *op. cit.*, p. 102.

¹⁴⁷ O artigo 20-C da Diretiva 89/665/CEE prevê que “...A comunicação da decisão da entidade adjudicante a cada um dos proponentes ou candidatos é acompanhada de uma exposição sintética dos motivos relevantes”

¹⁴⁸ Artigo 114.º/2-a) e 3 do CPA. O direito fundamental à notificação inclui, “naturalmente, a respetiva fundamentação, se existir” - OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, I Volume, 2013, p. 394.

¹⁴⁹ Artigo 160.º do CPA.

¹⁵⁰ Para além de ser igualmente pouco harmónica com a CRP, na medida em que assaca efeitos jurídicos à notificação de uma decisão que dê a conhecer unicamente o seu sentido.

¹⁵¹ Artigo 151.º/1-d) do CPA.

¹⁵² Artigos 36.º, n.º 1, alínea d), e 104.º a 108.º do CPTA.

¹⁵³ NEVES, Ana Fernanda Ferreira Pereira, *op. cit.*, p. 104

*de caducidade (substantivo) e não processual (adjetivo), razão pela qual não pode o autor prevalecer-se da faculdade de apresentação da petição inicial em qualquer dos três dias úteis subsequentes ao termo desse prazo, pois que essa possibilidade concedida pelo artigo 139.º, n.º 5, do Código de Processo Civil (CPC) cinge-se unicamente aos prazos processuais*¹⁵⁴.

Um outro ponto a assinalar na reforma do CPTA é o da eliminação da remissão para a tramitação da ação administrativa especial, uma vez que esta deixou de existir.

O legislador reuniu as anteriores ação administrativa comum e ação administrativa especial numa única forma de processo, a ação administrativa, com uma tramitação comum, embora com algumas especificidades. Assim, a tramitação da ação de contencioso pré-contratual deixa de ser “decalçada” da anterior ação tipicamente impugnatória, o contencioso pré-contratual deixa assim de poder ser definido como uma *“ação administrativa especial com tramitação acelerada com prazo de propositura mais curto”*, conforme o apelidava Pedro Gonçalves¹⁵⁵, para passar a reger-se pela tramitação estabelecida no capítulo III do título II do CPTA (artigo 102.º, n.º 1), com os afastamentos ditados pelos números 2 a 7 do mesmo artigo 102.º.

No que diz respeito à audiência pública, embora o artigo 102.º, n.º 5 do CPTA, a continue a manter *“para discussão da matéria de facto e de direito”*, quando o Tribunal *“o considere aconselhável ao mais rápido esclarecimento da questão”*, abandonou-se a exigência, que constava do artigo 103.º, de que, nesses casos, as partes proferissem aí as suas alegações por forma oral e de que o Tribunal ditasse de imediato a sentença. O legislador deve ter considerado que essas exigências desincentivaram a realização da audiência pública, pelo que, agora, a doutrina espera que o novo regime do artigo 102.º, n.º 5 do CPTA *“possa dar resposta mais adequada, para o efeito de, por exemplo, permitir a realização de audiências com a intervenção de peritos”* como refere Mário Aroso de Almeida¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Acórdão do TCA Sul de 16 de Junho de 2016, processo n.º 13349/16.

¹⁵⁵ GONÇALVES, PEDRO - *Avaliação do regime jurídico do contencioso pré-contratual urgente*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 62, Março/Abril de 2007, p. 3.

¹⁵⁶ ALMEIDA, Mário Aroso de - *Manual de Processo Administrativo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 389.

Por outro lado, a modificação do objeto do processo, por impossibilidade absoluta de satisfação das pretensões do autor ou por verificação antecipada de um excepcional prejuízo para o interesse público, deixa de ter uma regulação própria no seio do regime do contencioso pré-contratual (e cuja compatibilização com o regime geral suscitava dúvidas), passando, simplesmente, a remeter-se para o regime geral que consta dos artigos 45.º e 45.º-A (ex vi artigo 102.º, n.º 6) do CPTA. Este regime esclarece o artigo 102.º, n.º 7, é igualmente aplicável *“nas situações em que, tendo sido cumulado pedido respeitante à invalidade de contrato por violação das regras relativas ao respetivo procedimento de formação, o tribunal proceda, segundo o disposto na lei substantiva, ao afastamento dessa invalidade em resultado da ponderação dos interesses públicos e privados em presença”*¹⁵⁷. De facto, a jurisprudência¹⁵⁸ tem pacificamente entendido que, *“se não obstante a verificação de vício anulatório do ato recorrido, se concluir que tal anulação não traria qualquer vantagem para o Recorrente, deixando-o na mesma posição, a existência de tal vício não deve conduzir à anulação, por aplicação do princípio da inoperância dos vícios ou utile per inutile non vitiatur”*.

Paulo Pereira Gouveia¹⁵⁹ critica esta remissão para os artigos 45.º e 45.º -A do CPTA por considerar que se torna *“mais fácil ou apelativa a convolação da tutela impugnatória em tutela indemnizatória nas situações de excecional prejuízo para o interesse público a que se refere o n.º 1 do artigo 45.º”*, isto à revelia *“da teleologia do Direito da União Europeia e da versão inicial do CPTA”*.

Capítulo 2.º

Impugnação dos documentos conformadores do procedimento

Quanto à impugnação das peças procedimentais o legislador com o Decreto-Lei n.º 214-G/2015 veio introduzir importantes inovações. Desde logo, e ao

¹⁵⁷ Tem de ser visto em articulação com a possibilidade de afastamento do efeito anulatório de uma invalidade derivada dos contratos administrativos (artigo 283.º, n.º 4 do CCP).

¹⁵⁸ Cf. Acórdão do TCA Norte de 7 de Outubro de 2016, processo n.º 00819/14.5BELSB.

¹⁵⁹ GOUVEIA, Paulo Pereira - *A nova ação administrativa de contencioso pré-contratual*, revista Julgar, n.º 26, Maio-Agosto de 2015, p. 49.

reconhecer que o regime anterior “*era particularmente insuficiente*”, o legislador passou a conferir uma maior dignidade a este regime, dissociando-o da impugnação dos atos administrativos e autonomizando-o num preceito próprio, o novo artigo 103.º. De seguida, mantendo o elenco de documentos impugnáveis por esta via¹⁶⁰, bem como o objeto e os fundamentos da impugnação contenciosa das disposições deles constantes¹⁶¹, o CPTA prevê que “*o pedido de declaração de ilegalidade pode ser deduzido por quem participe ou tenha interesse em participar no procedimento em causa*” (artigo 103.º, n.º 2).

Trata-se de uma regra de legitimidade que se circunscreve à relação jurídica intersubjetiva, pressupõe um interesse pessoal no resultado do procedimento, por isso está associado a um requisito de lesividade. Fica assim excluída a possibilidade da ação ser proposta com base na invocação do interesse geral da legalidade, ou de interesses coletivos, ou de interesse em agir que releve apenas no âmbito de uma relação interorgânica.

Esta formulação é demasiado restritiva, até à luz do Considerando (17) da Diretiva 2007/66/CE, que atribui legitimidade ativa a quem tenha “*interesse em obter um contrato em particular e que tenha sido ou corra o risco de ser prejudicada por uma alegada violação*”. Ou seja, na maior parte dos casos, como afirma Marco Caldeira¹⁶², “*o que estará em causa será, não o interesse em participar naquele procedimento específico, mas sim, o interesse em que a entidade adjudicante lance um procedimento diferente (ou, pelo menos, com diferentes disposições reguladoras), de modo a que o impugnante tenha oportunidade de participar e de, assim, poder eventualmente vir a ser o adjudicatário*”. Como resulta do Direito da União Europeia, está em causa o interesse na disputa do contrato, e não apenas o interesse na participação num determinado procedimento. A formulação da lei parece ainda retirar legitimidade a outros interessados que tipicamente poderiam impugnar as

¹⁶⁰ Continuam a ser o programa do concurso, o caderno de encargos ou qualquer outro documento conformador do procedimento de formação de contrato, artigo 103º, nº1

¹⁶¹ Ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras, entre outras, artigo 103º, nº 1.

¹⁶² CALDEIRA, Marco – *Contencioso Pré-contratual: “o novo contencioso Pré-contratual”*, colecção formação contínua, Centro de estudos judiciais (CEJ), jurisdição administrativa e fiscal, Fevereiro de 2017, p. 43, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contentencioso_Precontratual.pdf [consultado 31-10-2017].

peças do procedimento e que, com a nova redação, literalmente deixam de poder fazê-lo: será o caso do Ministério Público (cujo direito de ação visa somente a tutela da legalidade objetiva, e nunca o seu interesse próprio e pessoal em vir a ser o destinatário da decisão final de adjudicação).

Mário Aroso de Almeida também considera que com esta nova revisão do CPTA *“a legitimidade para a impugnação dos documentos conformadores dos procedimentos de contratação se tornou bem mais limitada do que era antes”*. No entanto o autor e Carlos Alberto Fernandes Cadilha¹⁶³ consideram que esta restrição é justificada *“porque não parece fazer sentido permitir a antecipação da tutela judiciária contra tais disposições quando o interessado não participe nem pretende participar no procedimento e não possa ser prejudicado por qualquer das decisões concretas que, com base nestas disposições, venham a ser adotadas no decurso do mesmo”*.

A Inovação de maior importância é em sede de prazos. Já o artigo 103.º, n.º 1 ao referir que os processos dirigidos à declaração de ilegalidade de disposições contidas no programa do concurso, no caderno de encargos ou em qualquer outro documento conformador do procedimento de formação de contrato se regem pelo *“disposto no presente artigo e no artigo anterior”* afasta a aplicação neste domínio do prazo de caducidade estabelecido no artigo 101.º do CPTA. De harmonia com isso, o artigo 103.º, n.º 3 estabelece que o pedido de declaração de ilegalidade das disposições constantes das peças procedimentais *“pode ser deduzido durante a pendência do procedimento a que os documentos em causa se referem”*. A impugnação das peças deixou de estar sujeita a um prazo para passar a estar sujeita a um termo final: o exercício do direito de ação já não depende do decurso de um determinado lapso temporal após um termo inicial (a publicitação das peças ou, no caso do ajuste direto, a recepção do convite para apresentação de proposta), mas sim da verificação de um determinado evento futuro¹⁶⁴. Este limite temporal é justificado considerando o efeito útil da impugnação de documentos conformadores do procedimento (evitar a prática de atos administrativos ilegais, por ilegalidade das disposições regulamentares), uma vez que, não tem qualquer consequência prática a apresentação de um pedido de impugnação

¹⁶³ ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes - *op. cit.*, p. 829.

¹⁶⁴ CALDEIRA, Marco – *op. cit.*, p. 44

dessas disposições quando o procedimento já tenha chegado ao seu termo e já tenham sido praticados os atos procedimentais que poderiam afetar a posição jurídica do interessado.

Outra questão é a de saber que evento futuro é este, ou seja, a partir de que momento (ou de que ato) é que o procedimento deixa de estar “pendente”, para efeitos de preclusão do direito de ação.

Existe uma dicotomia doutrinária antiga entre procedimento pré-contratual e (dentro deste) procedimento de escolha do co-contratante (que culminaria na decisão de adjudicação), Marco Caldeira¹⁶⁵ é da opinião de que o legislador, no artigo 103.º, n.º 3, do CPTA, se refere ao procedimento pré-contratual, e não ao de escolha do co-contratante. Pelo que, as peças procedimentais poderão ser impugnadas até à data da (notificação da) celebração do contrato¹⁶⁶.

Esta nova solução legal vai ao encontro de algumas manifestações da doutrina, na medida em que permite evitar ou minorar os problemas até agora sentidos, de rejeição de impugnações da adjudicação fundadas na ilegalidade das peças procedimentais (por suposta intempestividade) e, em consequência, de impugnações das peças procedimentais logo num momento inicial, à cautela, apenas para acautelar o risco da extemporaneidade, num momento em que não é ainda possível perceber se o vício em causa terá ou não influência na decisão final do procedimento.

Sem prejuízo da possibilidade de impugnação direta das peças procedimentais (faculdade), a parte final do artigo 103.º, n.º 3, do CPTA esclarece que esta impugnação não prejudica o ónus de impugnação autónoma dos atos que apliquem as peças. Se tais atos não forem tempestivamente impugnados, uma eventual impugnação das peças não poderá ter como efeito colocar o autor na mesma posição em que se encontraria caso tais atos não tivessem sido praticados (ou, tendo-o sido, tivessem sido anulados), isto em obediência ao princípio geral de que *“não pode ser obtido por outros meios processuais o efeito que resultaria da anulação do ato inimpugnável”* (artigo 38.º, n.º 2, do CPTA). No fundo, o regime é idêntico ao que, em processo urgente, se aplica relativamente à impugnação

¹⁶⁵ Idem.

¹⁶⁶ Senão, quando o interessado fosse notificado da decisão de adjudicação, ficaria igualmente a saber, que tinha expirado a possibilidade de impugnar as peças, o que não faria sentido.

de regulamentos e de atos que os apliquem. De notar que o ónus é o da impugnação dos atos, e não das peças (como, resulta do artigo 52.º, n.º 2, do CPTA); o que, significa que os interessados podem impugnar apenas os atos administrativos e prescindir de impugnar as peças, mesmo que o único vício imputado àqueles seja a ilegalidade destas. Esta revisão de 2015 deixou claro que a impugnação das peças é uma mera faculdade, cujo não exercício não preclui a possibilidade de impugnação de atos administrativos que apliquem essas mesmas peças.

O legislador aditou ainda ao CPTA uma nova norma, o artigo 103.º, n.º 4, prevendo que as peças que conformem mais de um procedimento pré-contratual poderão ser impugnadas nos termos do regime geral da impugnação de regulamentos (artigos 72.º a 77.º do CPTA), respondendo a uma dúvida que já era levantada na doutrina.

Conclui-se que a impugnação de regulamentos gerais da contratação pública nos termos do artigo 73.º do CPTA, mesmo que esteja ao acesso de qualquer interessado, constitui apenas uma faculdade, o que não impede o interessado de impugnar diretamente qualquer norma constante de um regulamento, que a seu abrigo seja adotado para um determinado procedimento pré-contratual (caso em que a impugnação seguirá o regime específico do artigo 103.º, n.º 1, 2 e 3 do CPTA), é o que resulta da parte inicial do artigo 103.º, n.º 4 “*O disposto no presente artigo não prejudica a possibilidade da impugnação, nos termos gerais, dos regulamentos (...)*”. Logo, independentemente de se tratar de um regulamento geral, um participante num determinado procedimento de formação de contrato sempre poderá impugnar as normas que possam afetar a sua posição jurídica no procedimento assim como um potencial participante poderá impugnar as normas que impeçam a sua participação ou reduzam ou limitem a possibilidade de virem a obter um resultado favorável¹⁶⁷.

A distinção entre a impugnação direta de normas (artigo 103.º do CPTA) e o pedido de declaração de ilegalidade das normas (artigo 73.º do CPTA) é que a primeira é uma solução legal imposta pela diretiva recursos, que pretendeu instituir meios de reação céleres e eficazes contra as decisões ilegais e

¹⁶⁷ ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes- *op. cit.*, pp. 833-834.

também contra as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem dos documentos conformadores do concurso. E por isso, este meio processual está condicionado por requisitos processuais mais restritivos (prazo de impugnação, legitimidade ativa e efeito jurídico da declaração de ilegalidade). Pelo contrário o segundo, apenas é admissível fora do contexto de um procedimento pré-contratual concreto, porque pelas suas próprias condições de admissibilidade, não é compatível com o contencioso pré-contratual urgente.

Questão distinta é a de saber se este novo regime de impugnação de peças procedimentais apenas se aplica aos procedimentos pré-contratuais para a formação dos contratos referidos no artigo 100.º, n.º 1, do CPTA ou se, pelo contrário, estamos perante um regime com vocação geral, potencialmente aplicável às peças de todos e quaisquer procedimentos pré-contratuais.

Pedro Costa Gonçalves¹⁶⁸ entende que, embora o elemento sistemático aponte no sentido de este regime apenas ser aplicável aos processos que devam observar o regime do contencioso pré-contratual, defende o autor que a letra da lei (elemento literal) pode permitir uma interpretação mais ampla, a qual, de *iure condendo*, poderia até ser mais justificada. O Autor, no entanto, limita-se a suscitar a dúvida, não respondendo à questão de forma absolutamente perentória, mas afirma que se revela “*adequado e oportuno interpretar o artigo 103.º no sentido de o considerar aplicável à impugnação de peças de todos os procedimentos administrativos de formação de contratos*”¹⁶⁹. Apesar disso não deixa de admitir que esta interpretação pode não suscitar a adesão da jurisprudência.¹⁷⁰

¹⁶⁸ GONÇALVES, Pedro Costa – *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA: “O Regime Jurídico do Contencioso pré-contratual não urgente”*, coordenação – Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, AAFDL, Lisboa 2ª edição, 2016 pp. 541-542.

¹⁶⁹ Idem, p. 548.

¹⁷⁰ Idem, p. 548 - “*que, legitimamente, se inclinará para valorizar o argumento segundo o qual o bloco de normas incluído na Secção do CPTA dedicada ao contencioso pré-contratual urgente se aplica, todo ele, apenas aos contratos indicados no n.º 1 do artigo 100.º (“contratos públicos submetidos a regulamentação europeia”)*”.

Parte IV

O Novo Artigo 103.º-A do CPTA

Apesar de todas estas alterações, a grande novidade da revisão, consiste na atribuição de um efeito suspensivo automático, *ope legis*, à ação de contencioso pré-contratual. Esta previsão procura corresponder à exigência europeia (traduzida pela Diretiva 2007/66/CE, de 11 de Dezembro de 2007, que altera as Diretivas 89/665/CEE¹⁷¹ e 92/13/CEE do Conselho no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos).

Isto é reconhecido, também pelo legislador no ponto 5.2 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 214-G/2015: *“O aspeto mais relevante reside, no entanto, no novo artigo 103.º-A, que, no propósito de proceder finalmente à transposição das Diretivas Recursos, associa um efeito suspensivo automático à impugnação dos atos de adjudicação e introduz um regime inovador de adoção de medidas provisórias no âmbito do próprio processo do contencioso pré-contratual”*.

Dispõe o artigo 103.º-A, n.º 1 do CPTA que *“a impugnação de atos de adjudicação no âmbito do contencioso pré-contratual urgente faz suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado ou a execução do contrato, se este já tiver sido celebrado”*.

Esta solução permite superar o défice de tutela jurisdicional que resultava da postura extremamente conservadora da jurisprudência administrativa no que respeita à concessão de providências cautelares pré-contratuais, sendo que o entendimento muito rígido e restritivo na verificação do preenchimento dos pressupostos legais conduzia a um sistemático indeferimento deste tipo de providências e a um total esvaziamento da utilidade prática da sentença a proferir na ação principal, permitindo a criação de situações de facto consumado e irreversível e obrigando os interessados, a recorrer à tutela

¹⁷¹ O Artigo 2º, n.º 3 desta Diretiva (após a Diretiva 2007/66/CE) prevê que *“Caso seja interposto recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato para um órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante, os Estados-Membros devem assegurar que a entidade adjudicante não possa celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso. A suspensão não pode cessar antes do termo do prazo suspensivo a que se referem o nº 2 do artigo 2.º-A e os nº 4 e 5 do artigo 2.º-D”*.

indemnizatória. Sendo que, como referi antes, essa indenização dificilmente seria em montante elevado e, que em qualquer caso, só sucederia muito tempo depois, dada a morosidade dos processos indemnizatórios.

Com o mecanismo do artigo 103.º-A, n.º 1 do CPTA, o legislador como afirma Marco Caldeira¹⁷² “enxerta” no processo principal um momento cautelar prévio “importando” também para a ação, a discussão sobre a ponderação de prejuízos normalmente feita em sede cautelar. Isto significa que, para os litígios decorrentes de procedimentos de formação de contratos previstos no artigo 100.º, n.º 1 do CPTA, não há tutela cautelar autónoma, a ser apreciada e concedida (ou negada) no âmbito de um processo paralelo à ação principal. Pelo contrário: *“se o processo tiver por objeto a impugnação da adjudicação, a própria ação principal já conduz à suspensão de eficácia que normalmente se visaria obter com o processo cautelar; se o processo visar satisfazer outras pretensões (que não a impugnação da adjudicação), a eventual suspensão de eficácia terá de ser requerida através do mecanismo das medidas provisórias”*¹⁷³¹⁷⁴. Em qualquer dos casos, será sempre no âmbito da ação principal que se procederá à discussão sobre a produção, manutenção ou levantamento dessa suspensão.

Assim, as providências cautelares pré-contratuais aplicam-se unicamente, como resulta da nova redação do n.º 1 do artigo 132.º, aos litígios emergentes de *“procedimentos de formação de contratos não abrangidos pelo regime dos artigos 100.º a 103.º-B”* do CPTA. A solução do Anteprojeto¹⁷⁵ era diferente, mas foi alterada, uma vez que se prestava a sobreposições injustificadas e dificuldades de compatibilização entre os regimes da ação principal e do processo cautelar pré-contratuais.

Resumindo, após esta revisão do CPTA a suspensão de eficácia no contexto de litígios pré-contratuais pode esquematizar-se da seguinte forma¹⁷⁶:

¹⁷² Cf. CALDEIRA, Marco – op. cit., p. 25.

¹⁷³ Idem

¹⁷⁴ Novo Artigo 103º-B do CPTA.

¹⁷⁵ O artigo 132º, nº1 do CPTA, no anteprojeto tinha a seguinte redação: *“No âmbito de processos relativos à formação de contratos, podem ser requeridas providências cautelares destinadas a corrigir ilegalidades ou a impedir que sejam causados danos irreversíveis, incluindo a suspensão do procedimento pré-contratual e a proibição da celebração ou da execução do contrato”*.

¹⁷⁶ Vide – CALDEIRA, Marco – op. cit., p. 26.

(i) Litígios emergentes de procedimentos de formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º, n.º 1 do CPTA (objeto especial do direito derivado da União europeia), ou seja das Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, a que Rodrigo Esteves de Oliveira chama “*contratos do catálogo*”¹⁷⁷.

(i.1) Nos quais se impugna a decisão de adjudicação: suspensão automática (artigo 103.º-A);

(i.2) Nos quais não se impugna a decisão de adjudicação: medidas provisórias (artigo 103.º-B);

(ii) Litígios emergentes de procedimentos de formação de contratos não previstos no artigo 100.º, n.º 1 do CPTA: providência cautelar (artigo 132.º do CPTA), a que Rodrigo Esteves de Oliveira chama “*contratos fora do catálogo*”¹⁷⁸.

No entanto, o efeito suspensivo automático não é uma consequência que decorre de toda e qualquer ação de contencioso pré-contratual, independentemente da pretensão que, em concreto, seja aí formulada, pelo contrário, como resulta do n.º 1 do artigo 103.º-A, a suspensão só opera quando o processo se destine (apenas ou também) à impugnação de um ato de adjudicação. Quanto às demais pretensões abstratamente formuláveis nesta sede, apenas poderão, socorrer-se das medidas provisórias do artigo 103.º-B do CPTA.

No entanto, na prática a esmagadora maioria dos processos de contencioso pré-contratual destinam-se à impugnação da adjudicação (o que significa que o efeito suspensivo automático do artigo 103.º-A do CPTA já tem e terá um enorme campo de aplicação).

¹⁷⁷ Vide – OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de – *op. cit.*, pp. 17-18.

¹⁷⁸ Idem

Capítulo 1.º

O efeito suspensivo automático e o reforço da posição jurídica do impugnante

Apesar do propósito da revisão de finalmente proceder à transposição nacional das garantias (contenciosas) previstas na Diretiva Recursos, a solução encontrada pelo legislador português integra (como defende Duarte Rodrigues Silva¹⁷⁹) na verdade, um quíntuplo alargamento da tutela do impugnante relativamente à previsão das Diretivas.

Em primeiro lugar a Diretiva Recursos prevê apenas a suspensão dos efeitos do ato de adjudicação, no entanto do artigo 103.º- A, n.º 1 resulta que o efeito suspensivo automático abrange não só a decisão de adjudicação como também a execução do próprio contrato, se este já tiver sido celebrado. Com esta previsão pretende-se evitar ou reduzir a tendência das entidades adjudicantes para se lançarem nas denominadas “corridas à assinatura do contrato”¹⁸⁰, já que, agora, a celebração e início da execução do contrato podem ser mais facilmente bloqueadas pelos interessados que pretendam discutir as ilegalidades do procedimento pré-contratual, repercutidas na sua decisão final.

O Acórdão do TCA sul de 24 de Novembro de 2016, processo n.º 919/16.7BELSB também afirma que *“o fim ou o objetivo do efeito suspensivo automático constante do artigo 103.º- A/1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos é a tutela jurisdicional efetiva da posição jurídica do autor, evitando o facto consumado resultante da “corrida ao contrato” e favorecendo ex legis a apreciação jurisdicional útil ou consequente da legalidade do ato administrativo de adjudicação”*.

Este mecanismo afasta-se assim do regime do artigo 128.º, n.º 1 do CPTA, e mostra-se mais eficiente pois, mesmo considerando que este regime de suspensão automática cautelar se aplicava às providências pré-contratuais previstas no artigo 132.º do CPTA (o que era debatido na doutrina), o mesmo apenas tinha a virtualidade de suspender os efeitos do ato de adjudicação, mas

¹⁷⁹ SILVA, Duarte Rodrigues - *O Levantamento Do Efeito Suspensivo Automático no Contencioso Pré-Contratual*, cadernos Sérvulo, de contencioso Administrativo e arbitragem, Janeiro de 2016, pp. 8-9.

¹⁸⁰ Preocupação expressa no considerando (4) da Diretiva 2007/CE.

não a execução do contrato, se este já tivesse sido celebrado antes da citação da entidade requerida no processo cautelar. Agora, a lei prevê expressamente a suspensão automática do próprio contrato, se este já tiver sido celebrado. Esta opção legal é alvo de críticas. Assim, Cláudia Viana¹⁸¹ entende ser excessiva a suspensão do contrato em todos e quaisquer casos, já que, em seu entender, tal solução “*é susceptível de gerar instabilidade e insegurança, não apenas de natureza jurídica mas também e sobretudo económica, afetando ou podendo afetar o mercado e a confiança dos operadores económicos no sistema de contratos públicos*”. A Autora defende assim que, de *iure condendo*, a suspensão do próprio contrato deveria ficar “*reservada apenas para as situações de ajuste direto ilegal*”.

Em segundo lugar a Diretiva recursos prevê que apenas tem lugar a suspensão dos efeitos do ato de adjudicação, se o meio de reação judicial for apresentado no prazo máximo de 10 dias ou de 15 dias (consoante a decisão de adjudicação seja comunicada por via eletrónica ou por outras vias, respetivamente). Se o meio de reação for apresentado após o prazo aplicável, o legislador europeu já não impõe qualquer efeito suspensivo. E se à data da reação judicial o contrato já tiver sido celebrado, os seus efeitos produzem-se nos termos gerais. Diferentemente, o legislador nacional fixou no artigo 101.º do CPTA o prazo geral de um mês para a ação de contencioso pré-contratual (prazo bem mais alargado), que não coincide com o período de *standstill* de 10 dias fixado no artigo 104.º, n.º1, alínea a) do CCP¹⁸².

Em terceiro lugar a Diretiva prevê que o efeito suspensivo possa ser levantado mediante a ponderação de todos os interesses suscetíveis de serem lesados. Já o legislador nacional no artigo 103.º- A, nº 2, propugna que para obter o levantamento do efeito suspensivo os interessados (entidade demandada e contrainteressados) devem alegar que “*o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências claramente desproporcionadas para outros*

¹⁸¹ Cf. VIANA, Cláudia - *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA:* “A conformação do processo administrativo pelo Direito da União Europeia: o caso paradigmático da cláusula de *standstill* nos contratos públicos”, coordenação – Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, AAFDL, Lisboa, 2ª edição, 2016 pp. 147-151.

¹⁸² Dias úteis, nos termos do artigo 470º, n.º 1, do CCP, deste modo, já de si mais alargado do que o prazo mínimo previsto na Diretiva, que é expresse na referência a que os prazos aí fixados para este efeito são contínuos.

interesses, havendo lugar, na decisão à aplicação do critério previsto no n.º 2 do artigo 120.º. Ou seja, não basta que o diferimento seja “prejudicial” para o interesse público, tem de ser “*gravemente desproporcional*”; a suspensão pode gerar consequências lesivas “*desproporcionadas*” para outros interesses envolvidos, mas só há levantamento se tais consequências forem “claramente desproporcionadas”.

Em quarto lugar, a Diretiva Recursos prevê contratos relativamente aos quais não se aplica o período de *standstill* (artigo 2.º-B da Diretiva 2007/66/CE) e que, nessa medida, não estão por essa via abrangidos pelo prolongamento desse efeito em virtude de reação contenciosa. Já o legislador nacional não previu qualquer exceção à aplicabilidade do efeito suspensivo.

Por último, em quinto lugar a Diretiva Recursos admite a possibilidade de levantamento do efeito suspensivo após uma ponderação (pela instância responsável pelo recurso) dos interesses em presença¹⁸³. Contudo, o legislador nacional não previu o mero efeito devolutivo do recurso sobre a decisão adotada no incidente a que se refere o artigo 103.º-A, n.º 2, o que significa que, se não se fizer uma interpretação extensiva do nº 2 do artigo 143.º do CPTA, tais recursos terão efeito suspensivo, nos termos do artigo 143.º, n.º 1, do CPTA (ao contrário da solução acolhida para os recursos em matéria de providências cautelares¹⁸⁴).

Podemos assim concluir que, o efeito suspensivo a que se refere o novo artigo 103.º-A do CPTA mostra-se bastante garantístico, representando uma significativa melhoria (face ao regime que vigorava antes do Decreto-Lei n.º 214-G/2015) na tutela judicial da posição dos autores no seio de litígios pré-contratuais.

Esta vertente garantística foi levada ao extremo, na medida em que a lei não exige que o autor invoque quaisquer prejuízos para efeitos da concessão da suspensão, esta é-lhe atribuída mesmo que o autor nada diga e que, objetivamente, a prossecução do procedimento pré-contratual não provoque quaisquer danos à sua esfera jurídica, o que, no limite, poderá até “*redundar em situações manifestamente injustas e mesmo premiar ocultos intuitos*

¹⁸³ Artigo 2º, nº 5 da Diretiva 89/665/CEE (versão consolidada) e artigo 2º, nº 4 da Diretiva 92/13/CEE (versão consolidada)

¹⁸⁴ Vide – SILVA, Duarte Rodrigues – *op. cit.*, p. 8, nota 15

meramente dilatórios”¹⁸⁵. Como afirma Rodrigo Esteves de Oliveira¹⁸⁶ “a impugnação da adjudicação determina *ope legis* a suspensão dos efeitos desse acto, não tendo e não devendo, portanto, o demandante fazer constar da sua petição inicial qualquer referência aos danos que resultariam da manutenção da eficácia da adjudicação. Se e quando for o caso, ele terá direito ao contraditório nos termos do n.º 3 do artigo 103.º-A”.

A bondade da solução do efeito suspensivo automático é controvertida. Em primeiro lugar, porque representa uma prevalência discutível dos interesses “cautelares” ou provisórios do demandante sobre os interesses do adjudicatário, (no entanto deve-se reconhecer que, nestas questões, não há uma solução ótima ou sem “collateral damages”). A solução da lei representa um equilíbrio possível, dos interesses implicados na relação triangular constituída pela adjudicação, desde que os tribunais estejam em condições de providenciar pela resolução atempada do incidente provisório e do próprio contencioso pré-contratual.

Como defendem alguns Autores, em tese o legislador poderia, ter optado, em vez da suspensão automática, por uma suspensão determinada pelo autor, ou seja, pelo reconhecimento de um direito potestativo deste de requerer a suspensão na petição inicial, “*sem necessidade de fundamentação ou justificação*”, já que é o autor que “*verdadeiramente sabe qual a tutela de que carece (ou a tutela que quer) ou não*”, como defende Rodrigo Esteves de Oliveira¹⁸⁷. Contudo, reconhece-se que é difícil encontrar um justo equilíbrio entre os diversos valores aqui em jogo¹⁸⁸. Com efeito, tem-se entendido que nos procedimentos de contratação pública estão envolvidos interesses que em certo sentido transcendem os interesses das partes (entidade adjudicante e concorrentes), como o da transparência do “mercado da contratação pública” e o da estabilidade das relações contratuais nele constituídas, o que poderá de alguma forma justificar a suspensão *ope legis* da adjudicação¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Idem. P. 11.

¹⁸⁶ Cf. – OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de – *op. cit.*, p. 19.

¹⁸⁷ Vide OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de – *op. cit.*, p. 20.

¹⁸⁸ Vide VIANA, Cláudia – *op. cit.*, p. 146.

¹⁸⁹ CABRAL, Margarida Olazabal - *Contencioso Pré-contratual: “Alterações ao Contencioso Pré-Contratual”*, coleção formação contínua, Centro de estudos judiciais (CEJ), jurisdição administrativa e fiscal, Fevereiro de 2017, p. 56, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contentencioso_Precontratual.pdf [consultado 31-10-2017].

No entanto, seja qual for a melhor solução de *iure condendo*, a suspensão automática da adjudicação constitui uma transposição do direito da União Europeia, não havendo, neste domínio, muita margem de liberdade para optar por uma solução sensivelmente diversa da que hoje se encontra no artigo 103.º-A do CPTA. Rodrigo Esteves de Oliveira defende todavia, que *“havia outras hipóteses, como proibir apenas a celebração do contrato, permitindo, assim, que a entidade adjudicante, mesmo em caso de impugnação da adjudicação, pudesse ir avançando com o procedimento pós-adjudicatório (habilitação do adjudicatário, prestação da caução, aprovação da minuta do contrato)”*¹⁹⁰. Em sentido mais radical, lamenta Mário Aroso de Almeida que o legislador nacional tenha transposto o regime da Diretiva 2007/66/CE, *“mais uma vez, pelo mínimo que ela admite”*, já que, em seu entender, *“a efetividade da tutela jurisdicional no contencioso administrativo em geral e, portanto, no contencioso pré-contratual em particular, não pode depender de juízos de ponderação de prejuízos que, na prática, tendem a favorecer a prossecução do interesse público, mas da célere emissão de decisões de mérito, que determinem quem, efetivamente, tem razão quanto ao fundo das questões”*; pelo que, para o Autor, seria importante atentar na experiência muito positiva em Espanha e avançar para a *“instituição de entidades para-jurisdicionais próprias para a resolução célere dos litígios neste domínio”*¹⁹¹.

De facto, passados quase dois anos desde a entrada em vigor destas alterações, os resultados no que toca à justiça pré-contratual são ainda insatisfatórios. E isto deve-se sobretudo à incapacidade dos juízes para tomarem decisões rápidas e com total conhecimento do caso.

Secção 1.^a

A possibilidade ou não de decretamento de outras medidas provisórias pelo juiz

Uma questão que se discute na doutrina diz respeito a saber se este efeito suspensivo pode ou não ser atenuado ou afastado através da adopção, em alternativa, de uma medida provisória que, em concreto, se mostre menos

¹⁹⁰ Vide OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de – *op. cit.*, p. 20, nota 19.

¹⁹¹ Cf. ALMEIDA, Mário Aroso de – Manual de processo... *op. cit.* P. 9.

gravosa para os interesses em jogo, considerando que o artigo 103.º-A, n.º 4 do CPTA nada diz quanto a essa (eventual) possibilidade.

Rodrigo Esteves De Oliveira¹⁹² entende que sim, seja porque há de facto uma remissão no artigo 103.º-A para o artigo 120.º, n.º 2 (e assim garantia-se um significado útil a essa remissão), seja porque, numa lógica de ponderação de interesses, o princípio da proporcionalidade joga um papel importante e a admissibilidade de outras medidas ou providências (ou mesmo de contra-medidas) está em sintonia com tal princípio. Em sentido contrário Duarte Rodrigues Silva¹⁹³ entende que ao contrário do que sucede em sede do artigo 103.º-B, quando se está perante a suspensão operada por via do artigo 103.º-A do CPTA, os Tribunais não estão legalmente habilitados “*a substituir o efeito suspensivo automático que decorre da impugnação do ato de adjudicação por qualquer outra medida provisória*”. No mesmo sentido também Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha¹⁹⁴ entendem que a remissão que o artigo 103.º-A, n.º 2 in fine faz para o critério previsto no n.º 2 do artigo 120.º do CPTA e não em bloco para todo o regime desse n.º 2 significa que o juiz deve efetuar a ponderação, sem que possa contrabalançar com a adoção de outras medidas, que possam evitar ou atenuar os prejuízos decorrentes da sua decisão, limitando-se portanto, a conceder ou negar o levantamento do efeito suspensivo.

Secção 2.ª

A citação

Uma outra questão relativa ao efeito suspensivo automático prende-se com saber em que momento, ou a partir de que momento, é que os efeitos do ato (e/ou do contrato) devem considerar-se suspensos. A letra da lei “*a impugnação (...) faz suspender automaticamente os efeitos*” parece sugerir que é a mera propositura da ação, a apresentação ou o envio da petição inicial para o Tribunal, que produzem, sem mais, este efeito suspensivo. A maioria da doutrina entende no entanto, que a lei não pode ser interpretada tão

¹⁹² Vide Oliveira, Rodrigues Esteves de – *op. cit.*, pp. 25- 26.

¹⁹³ Vide SILVA, Duarte Rodrigues – *op. cit.* pp. 12-13.

¹⁹⁴ Vide ALMEIDA, Mário Aroso de e CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – *op. cit.*, pp. 845-846.

literalmente, defendendo que não faz sentido pretender que os efeitos de um acto administrativo se vejam suspensos sem que o seu próprio autor tenha disso conhecimento¹⁹⁵. Por isso, propugnam que o momento relevante para determinar a suspensão dos efeitos é o da citação do réu da propositura da ação, a exemplo do que ocorre em sede cautelar (artigo 128.º, n.º 1, do CPTA), uma vez que, só depois da citação é que o réu (e os eventuais contrainteressados) tomam conhecimento da ação e, portanto, apenas a partir daí estão em condições de requerer ao juiz o levantamento do efeito suspensivo, nos termos do artigo 103.º-A, n.º 2 do CPTA.

Neste sentido Rodrigo Esteves de Oliveira¹⁹⁶ afirma só nesse momento (citação), tendo sido chamados para contestar e tendo tomado conhecimento oficial do processo de impugnação da adjudicação, eles (réu e contrainteressados) ficam constituídos na obrigação legal de não dar sequência à adjudicação, *“a notificação que estivesse para ser feita, por exemplo, para a entrega dos documentos de habilitação, para a prestação de caução, para a confirmação de compromissos, etc., não deve sair dos serviços da entidade adjudicante; os prazos que estivessem eventualmente a correr na sequência de uma notificação dessas deixam de correr, etc”*. Refere ainda o mesmo autor que o que tenha ocorrido até à citação da entidade demandada e do contrainteressado, deve ter-se como legitimamente feito, no sentido de que não estava coberto pelo efeito suspensivo: *“se, até à data da citação, o adjudicatário já prestou a caução ou já entregou os documentos de habilitação, o procedimento suspende-se para diante, mas essas formalidades devem ter-se como cumpridas no caso de retoma futura do procedimento na sequência do levantamento do efeito suspensivo ou da decisão sobre a improcedência do processo principal”*¹⁹⁷. Alerta ainda o autor que pode dar-se o caso, possível de, à data da citação, já haver execução integral do contrato, hipótese em que a solução da lei (da suspensão da adjudicação ou do contrato) não funciona.

A citação é promovida pelo Tribunal em que a ação é intentada, afigurando-se que a figura da citação por mandatário judicial, prevista no artigo 237.º do CPC, não pode ser transposta para este campo: ainda que o CPTA não preveja

¹⁹⁵ Vide CALDEIRA, Marco – *op. cit.*, p. 30.

¹⁹⁶ Cf. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de – *op. cit.*, p. 19.

¹⁹⁷ Idem.

aqui expressamente (como prevê nos processos cautelares: artigo 116.º, n.º 1) que o juiz deve determinar que a citação seja efetuada com urgência, tal sempre decorrerá do bom senso como defende Marco Caldeira¹⁹⁸ e da própria natureza urgente do processo (artigo 36.º, n.º 1, alínea c), sendo que, não pode o mandatário do autor voluntariar-se para “suprir” esta omissão e desse modo “contornar” o regime legal, com vista a antecipar o momento em que opera a suspensão de efeitos pretendida.

O efeito suspensivo opera no momento em que a citação é feita (ou deva ter-se como efetuada, nos termos do artigo 246.º do CPC) e não pode ser adiado por conduta censurável por parte do réu¹⁹⁹.

Afirma ainda, Marco Caldeira que apesar de o artigo 103.º-A não o dizer expressamente, deve ter-se por aplicável, nesta sede, o disposto no artigo 128.º, n.º 2, do CPTA, isto é, também aqui *“deve a autoridade que receba o duplicado impedir, com urgência, que os serviços competentes ou os interessados procedam ou continuem a proceder à execução do ato”*, de modo a que o contrato não possa ser executado no interregno entre a data da citação da entidade adjudicante e a data da citação do adjudicatário, enquanto contrainteresado, no caso em que esta ocorra em momento posterior àquela.

No entanto na doutrina também há autores que têm dúvidas ou negam que o efeito suspensivo automático tenha lugar apenas com a citação.

Margarida Olazabal Cabral²⁰⁰ tem dúvidas sobre esta matéria e defende que *“às vezes ainda se continua a confundir proibição de executar o ato com suspensão de eficácia do ato (sendo certo que é possível uma suspensão que opere “ope legis” antes da citação da entidade demandada)”*.

Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha²⁰¹ propugnam que o efeito suspensivo automático, resulta por determinação da lei, da dedução do pedido impugnatório, no entanto a entidade adjudicante e os contrainteresados só se encontram impedidos de celebrar o contrato ou

¹⁹⁸ Cf. CALDEIRA, Marco – *Op. cit.*, pp. 30-31.

¹⁹⁹ Idem *“se a citação foi efetuada para a morada correta e é a entidade adjudicante que inviabiliza culposamente o recebimento da cópia da ação, não pode ela prevalecer-se disso para adiar a produção do efeito suspensivo, sob pena de frustrar completamente o intuito da lei”*.

²⁰⁰ Cf. CABRAL, Margarida Olazabal - *Contencioso Pré-contratual: “Alterações ao Contencioso Pré-Contratual”... op. cit.*, p. 57.

²⁰¹ Cf. ALMEIDA, Mário Aroso de e CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – *op. cit.*, p. 838.

praticar quaisquer outros atos de execução do ato de adjudicação a partir do momento da citação.

Ou seja o efeito suspensivo automático está associado à impugnação, independentemente de qualquer outra formalidade, só que a obrigação de não executar o ato de adjudicação (em consequência da impugnação) só opera a partir do momento em que a entidade adjudicante e os contrainteressados tomem conhecimento da ação.

Secção 3.^a

O Efeito suspensivo automático nos casos em que não é aplicável o período de *standstill* ou em que este já terminou

Uma crítica que alguma doutrina tem feito, refere-se ao facto do artigo 103.^o-A, n.º1 estabelecer a suspensão automática de efeitos em todos os casos de impugnação da adjudicação, mesmo que a ação seja apresentada após o termo do período de *standstill* previsto no artigo 104.^o, n.º 1, alínea a) do CCP, (isto é, o período de 10 dias imediatamente subsequente à notificação da decisão de adjudicação, e durante o qual a entidade adjudicante não pode proceder à celebração do contrato). Para estes autores o novo regime do contencioso pré-contratual, nesta parte, não assegura “*o tratamento equilibrado dos diversos interesses em presença*” e contém “*uma solução desproporcional, suscetível de afetar, de forma desmedida, os interesses da entidade adjudicante e do adjudicatário que legitimamente celebram e iniciam a execução do contrato findo esse impedimento procedimental*”²⁰². A lei também prevê que a ação produz o seu efeito suspensivo mesmo nos casos em que, nos termos do artigo 104.^o, n.º 2 do CCP, a entidade adjudicante está habilitada a celebrar desde logo o contrato com o adjudicatário, por esse período de *standstill* não ser legalmente aplicável, o que levou António Cadilha a defender que esta solução, “*permitindo a paralisação da execução de contratos que foram legitimamente celebrados e cuja execução imediata pode até ser imprescindível para a prossecução das tarefas administrativas às quais tais*

²⁰² Cf. CADILHA, António - O efeito suspensivo automático da impugnação de atos de adjudicação (artigo 103.^o-A do CPTA): uma transposição equilibrada da Diretiva Recursos?, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 119, Setembro/Outubro de 2016, pp. 6-8.

*contratos estão funcionalizados, é uma opção legislativa que não garante um justo equilíbrio entre todos os interesses em jogo nos procedimentos de formação de contratos públicos*²⁰³. Para este autor, o efeito suspensivo não devia vigorar nos casos em que a ação impugnatória fosse interposta pelo particular já depois de terminado o período suspensivo procedimental (*standstill*), considerando mais equilibrado um regime nos termos do qual a ação de impugnação apenas beneficiasse do efeito suspensivo caso fosse proposta dentro do período de *standstill*; decorrido esse prazo, o impugnante continuaria a poder lançar mão do processo de contencioso pré-contratual, mas já não gozaria daquela suspensão automática. Da mesma forma defende que nos casos em que não foi fixada a obrigação de *standstill* é porque o legislador reconheceu que, atendendo ao tipo de procedimentos que estão em causa e aos interesses que importa acautelar, não é adequado sujeitar a Administração à proibição de celebrar o contrato logo após a prática do ato de adjudicação, pelo que, por razões de coerência do ordenamento jurídico não se lhes deveria aplicar esse efeito suspensivo automático²⁰⁴.

Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha começam por dizer que do artigo 2.º, n.º 3 da Diretiva 2007/66/CE, resulta que os Estados-Membros não estão vinculados a impor o efeito suspensivo nos casos em que o pedido de impugnação do ato de adjudicação seja deduzido após o período de *standstill*. No entanto os mesmos autores defendem que, se o interessado pretendesse accionar a entidade adjudicante durante o período de *standstill* (de 10 dias²⁰⁵), tinha ainda de contar com necessidade da citação da entidade adjudicante e dos contrainteressados, ou seja o interessado teria de prescindir de uma parte do prazo já de si bastante curto. Os autores defendem, por isso, que o prazo de *standstill* deveria ser de um mês para coincidir com o prazo de propositura das ações do contencioso pré-contratual urgente²⁰⁶, vigorando o efeito suspensivo automático no caso de impugnação dos atos de adjudicação.

²⁰³ Idem p. 8 e 9.

²⁰⁴ Cf. CADILHA, António – contencioso Pré-Contratual... *op. Cit.*, p. 214

²⁰⁵ Artigo 104º, nº1, alínea a) do CCP.

²⁰⁶ Cf. ALMEIDA, Mário Aroso de e CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – *op. cit.*, p. 841.

Secção 4.^a

Requerimento de ampliação do objeto de um processo

Outra questão é a de saber se a suspensão de eficácia da adjudicação só ocorre quando esta decisão é impugnada na petição inicial ou se a ratio do artigo 103.º-A, n.º 1 do CPTA também se aplica ao requerimento de ampliação do objecto de um processo já pendente (artigo 63º do CPTA).

Numa interpretação sistemática e integrada, deve entender-se que artigo 103.º-A, n.º 1 do CPTA é igualmente aplicável quando a adjudicação apenas vem a ser impugnada na pendência de um processo já anteriormente instaurado.

Se num cenário em que o interessado impugnou as peças do procedimento e, por não ter requerido (ou por não terem sido adotadas) medidas provisórias, o procedimento pré- contratual prosseguiu o seu curso e veio a ser proferida a decisão final de adjudicação é indiscutível que o interessado pode ampliar o objeto do processo à impugnação da adjudicação (nos termos do artigo 63.º, n.º 2, do CPTA), não há porque negar a esta impugnação o efeito suspensivo automático do artigo 103.º-A, n.º 1, do CPTA. Uma solução que negasse o efeito suspensivo neste caso, amputaria injustificadamente o sentido útil do artigo 63.º, n.º 2, do CPTA e conduziria a um resultado inaceitável, ao obrigar o interessado, se quisesse prevalecer-se do efeito suspensivo, a intentar uma nova ação, especificamente destinada à impugnação da adjudicação²⁰⁷ (o que não tem qualquer cobertura legal e, além disso, poderia ainda originar consequências nefastas, nomeadamente a eventual contradição de decisões judiciais²⁰⁸).

Podemos concluir que, quando a adjudicação vem a ser impugnada por meio de requerimento de ampliação do objeto de um processo já pendente, a notificação desse requerimento ao réu e aos contrainteressados (artigo 63.º, n.º 4, do CPTA), tem como consequência a suspensão dos efeitos daquele ato administrativo.

²⁰⁷ Cf. CALDEIRA, Marco – *op. cit.*, pp. 31-32.

²⁰⁸ Caso não se suscitasse a suspensão do processo, por pendência de causa prejudicial (artigo 272.º, n.º 1, do CPC), ou não fosse ordenada a apensação dos dois processos (artigos 28.º e 61.º do CPTA).

Capítulo 2.º

Incidente de levantamento do efeito suspensivo

Uma vez apresentada a ação (ou o requerimento de ampliação do objeto do processo) e citados/notificados o réu e os contrainteressados para se pronunciarem, pode haver lugar à discussão sobre o levantamento do efeito suspensivo automático.

Apesar de a lei (ao contrário do artigo 103.º-B, n.º 2) não o dizer, o levantamento do efeito suspensivo automático do artigo 103.º-A é um incidente processual. O que tem como consequência que o réu e o contra-interessado têm os ónus de alegar a existência dos prejuízos para o interesse público e de provar os factos invocados, diferente do que se verifica em sede cautelar com o mecanismo da resolução fundamentada prevista no artigo 128.º, n.º 1, do CPTA²⁰⁹. O TCA Sul, num acórdão de 14 de Julho de 2016, processo n.º 13444/16, já teve oportunidade de enfatizar que *“a alegação da pertinente factualidade” para preencher a previsão do n.º 2 do artigo 103.º-A do CPTA e o correspondente “ónus probatório” cabem à entidade demandada e aos contra-interessados, não bastando a alegação e prova da “existência de prejuízos para o interesse público e para os outros interesses envolvidos”, sendo também necessária “a alegação e prova da existência de grave prejuízo para o interesse público ou de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos”*.

Posteriormente, o mesmo Tribunal reiterou que, *“face ao estatuído no artigo 103.º-A, n.º 2, do CPTA, conjugado com o disposto no artigo 342.º n.º 1, do Código Civil, recai sobre a entidade demandada e os contra-interessados o ónus de alegar e provar que o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos”*.

As partes legítimas para suscitar este incidente são, não apenas o réu, mas também os contrainteressados²¹⁰ (também aqui se afasta do regime do artigo 128.º do CPTA). De assinalar que o STA, num acórdão de 12 de Novembro de 2015, processo n.º 01018/15 teve oportunidade de delimitar o

²⁰⁹ Vide SILVA, DUARTE Rodrigues – *op. cit.*, p. 10.

²¹⁰ Artigo 57º do CPTA.

conceito de contra-interessado neste contexto, e decidiu que, nas ações de contencioso pré-contratual que tenham por objeto a impugnação da adjudicação, só o adjudicatário reveste a qualidade de contra-interessado, já um concorrente cuja proposta tenha ficado ordenada por exemplo em 4.º lugar²¹¹, precisamente porque não pode ser diretamente prejudicado nem afetado pelo provimento do processo impugnatório, por um lado, nem, por outro lado, tem interesse na manutenção do ato impugnado, não goza de legitimidade passiva para intervir no litígio ao lado da entidade adjudicante²¹².

Secção 1.^a

O Prazo

A lei não prevê um prazo dentro do qual devem o réu (e/ou os contra-interessados) suscitar o incidente de levantamento da suspensão de eficácia.

Apesar da ausência de previsão expressa de um prazo, na doutrina há pelo menos três opções:

- (i) O prazo de 5 dias, prevista no artigo 102.º, n.º 3, alínea c), do CPTA, como prazo supletivo geral no âmbito do contencioso pré-contratual;
- (ii) (ii) O prazo de 20 dias previsto na alínea a) do mesmo artigo para a apresentação da contestação; ou
- (iii) (iii) A todo o tempo (por a lei não fixar um limite temporal ao levantamento deste incidente).

A hipótese dos 5 dias tem a seu favor o facto de corresponder ao prazo supletivo do contencioso pré-contratual, mas, contra si, a circunstância de ser um prazo excessivamente curto para o efeito aqui em causa. Basta, por exemplo, um pequeno atraso dos serviços da entidade demandada no envio da

²¹¹ Cf. Acórdão do STA de 12 de Novembro de 2015, processo n.º 01018/15 – “...sendo que a anulação o acto de adjudicação só acarretará prejuízo para a entidade que o praticou e para o adjudicatário, todos os outros oponentes ao concurso – do segundo ao último classificado – irão beneficiar do acto anulatório na medida em que, por força dessa anulação, será feito o processo administrativo e praticado um novo ato classificatório que, colocando um deles na primeira posição, o fará beneficiário do contrato. IV – Daí que só o adjudicatário seja contra interessado uma vez que só ele tem um interesse convergente com o interesse da entidade demandada”.

²¹² Acórdão do TCA Sul de 16 de Junho de 2016, processo n.º 13347/16.

citação recebida para o advogado, para poder inviabilizar a apresentação da pronúncia, ou de uma pronúncia diligentemente elaborada. Além do mais a resolução fundamentada do artigo 128.º do CPTA, pode ser apresentada no prazo de 15 dias. Na doutrina, Pedro Melo e Maria Ataíde Cordeiro²¹³ entendem que, não estando expressamente previsto um prazo específico para o efeito, deverá ser observado, este prazo de 5 dias previsto no artigo 102.º, n.º 3, alínea c), do CPTA (por ser o prazo supletivo do contencioso pré-contratual).

Quanto ao prazo de 20 dias da contestação, está pensado para um ato de maior complexidade e é um prazo bem mais longo do que o prazo de 7 dias de que o demandante dispõe para se opor a ele e do próprio prazo de 10 dias que o juiz tem para decidir. Além disso, como, em princípio, depois da apresentação da contestação ou contestações segue-se a decisão final do processo, se o pedido de levantamento só fosse apresentado com as contestações o juiz ficaria nesse momento com duas decisões pendentes (a do levantamento ou não e a do mérito da causa). A seu favor, tem o facto de, por vezes, não se justificar grandes urgências nos prazos das partes, sobretudo em momentos decisivos do processo, para depois se ter de aguardar bem mais do que o previsto na lei para as decisões dos tribunais e também o prazo de 15 dias previsto para resolução fundamentada. Na doutrina Rodrigo Esteves de Oliveira²¹⁴ depois de uma ponderação entendeu que o prazo de 20 dias (da apresentação da contestação) é o mais adequado, e sempre sem prejuízo de o réu e os contra-interessados poderem *“apresentar esse pedido além do prazo quando ele se fundamente em circunstâncias supervenientes (ou em circunstâncias que só mais tarde resultaram numa situação de dano capaz de justificar o levantamento do efeito suspensivo)”*.

A terceira hipótese (sem dependência de prazo) tem a seu favor o silêncio do legislador. Rodrigo Esteves de Oliveira defende no entanto que a parte final do artigo 103.º-A indica que *“algum prazo deve haver para o efeito e de, se não houvesse prazo, poder haver pronúncias da entidade demandada e dos contrainteressados em tempos diferentes, o que poderia obrigar o demandante a ter de se pronunciar duas vezes e o tribunal a ter de decidir duas vezes,*

²¹³ CORDEIRO, Maria Ataíde e MELO, Pedro - *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA: “O regime do contencioso pré-contratual urgente”*, coordenação - Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2016, p. 671, nota 41.

²¹⁴ Cf. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de – *op. cit.*, pp. 22-23.

*solução que abre as portas a alguma desorganização e que se afigura pouco adequada a um processo urgente*²¹⁵. Apesar disso a maioria da doutrina entende que esta é a solução que o legislador quis estabelecer.

Duarte Rodrigues Silva - considera que a omissão do legislador “*é propositada*”, já que “*nem sempre a necessidade do levantamento do efeito suspensivo se manifesta imediatamente*”, sendo “*perfeitamente concebível uma circunstância em que é em virtude da demora do processo que essa necessidade surge*”, o que hoje se afigura comportável pode bem amanhã tornar-se urgente. Conclui assim que seria “*salutar que esta omissão fosse interpretada no sentido de que a apresentação do requerimento de levantamento do efeito suspensivo pode ser requerida a todo o tempo*”²¹⁶. Posição que é igualmente a de José Carlos Vieira de Andrade²¹⁷, Margarida Olazabal Cabral²¹⁸, Cláudia Viana²¹⁹, Mário Aroso de Almeida e Carlos Fernandes Cadilha²²⁰, Marco Caldeira²²¹ entre outros. Este último autor, defende que tratando-se de um incidente, a desencadear pela parte interessada, não faria sentido “*presumir*” a existência de um qualquer prazo preclusivo, o que teria o efeito duplamente pernicioso de “*obrigar*” a entidade adjudicante e/ou os contra-interessados a lançarem mão desse incidente num momento em que, porventura, ainda não se verifica a urgência que o justificaria, e vedando, paralelamente, essa mesma possibilidade num momento posterior em que viesse efetivamente a mostrar-se imperioso, à luz do interesse público, requerer o levantamento da suspensão automática (o que, corresponde aos principais reparos apontados pela doutrina ao à resolução fundamentada previsto no artigo 128.º, n.º 1, do CPTA²²²).

Assim podemos concluir que não se deve impor um prazo onde a lei não o previu (não havendo paralelo com o regime do artigo 128.º do CPTA). Além disso, a suspensão automática pode não provocar danos relevantes no momento da apresentação da ação, mas vir mais tarde, com o prolongamento

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ Cf. SILVA, Duarte Rodrigues – *op. cit.*, p. 10, nota 21.

²¹⁷ Vide ANDRADE, José Carlos Vieira de – *A Justiça Administrativa (lições)*, Almedina, Coimbra 2016, 15ª edição p. 245.

²¹⁸ Vide CABRAL, Margarida Olazabal – *op. cit.*, pp. 57- 58

²¹⁹ Vide VIANA, Cláudia – *op. cit.*, p. 153.

²²⁰ Vide ALMEIDA, Mário Aroso de e CADILHA, Carlos Fernandes - *op. cit.*, pp. 842- 843

²²¹ Vide CALDEIRA, Marco – *op. cit.*, p. 34.

²²² Idem.

da ação, a verificar-se uma situação de urgência que, naquela altura, justifique o pedido de levantamento da suspensão.

Secção 2.^a

A ponderação do juiz e a decisão sobre o levantamento do efeito suspensivo

No incidente, o réu e/ou os contra-interessados devem invocar e demonstrar *“que o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos”* (artigo 103.º-A, n.º 2).

A gradação estabelecida pelo legislador corrobora o que já resultava do carácter automático da suspensão de efeitos, isto é, a regra é a da suspensão, que só pode ser levantada em casos excepcionais. Não basta que o diferimento seja *“prejudicial”* para o interesse público, tem de ser *“gravemente desproporcional”*; a suspensão pode gerar consequências lesivas *“desproporcionadas”* para outros interesses envolvidos, mas só há levantamento se tais consequências forem *“claramente desproporcionadas”*. Em caso de empate²²³, prevalece a suspensão, que só cede quando se verifique *“um dano superior ao que resultará sempre para a entidade adjudicante desse efeito legalmente prescrito da impugnação do ato de adjudicação”*, como defende Duarte Rodrigues Silva²²⁴.

Uma vez que a jurisprudência administrativa é tradicionalmente deferente face à mera invocação de prejuízos para o interesse público²²⁵ e tende sistematicamente a dar prevalência a estes, o legislador exige a verificação de prejuízos qualificados para admitir o levantamento da suspensão de eficácia.

Nas palavras da jurisprudência administrativa (acórdão do TCA Sul de 24 de Novembro de 2016, processo n.º 13747/16), para este efeito, *“não basta a existência de mera prejudicialidade para o interesse público, nem a existência de apenas consequências lesivas desproporcionadas, na medida em que o legislador terá, ele mesmo, necessariamente ponderado a possibilidade da*

²²³ Vide OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de – *op. cit.*, p. 24.

²²⁴ Cf. SILVA, Duarte Rodrigues – *op. cit.*, p. 11.

²²⁵ Vide - Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 20 de Março de 2007, processo nº 01191/06

existência de um prejuízo desse tipo (não qualificado) e não o afastou do alcance do efeito suspensivo”.

António Cadilha²²⁶ mostra-se contra este entendimento, uma vez que a prova da existência de prejuízos graves e particularmente qualificados se mostra muito difícil para a entidade adjudicante e os contrainteressados, e também por não haver indícios de que o legislador tenha pretendido *“impor um efeito suspensivo do procedimento que, salvo situações excepcionais, perdurasse até à decisão da ação de contencioso pré-contratual”*. O autor considera que uma tal interpretação *“conduziria a resultados não pretendidos pela Diretiva que se pretende transpor, claramente desproporcionais e impulsionadores da utilização deste mecanismo com intuítos meramente obstrucionistas e dilatórios”*²²⁷. No mesmo sentido, Margarida Olazabal Cabral²²⁸ entende que *“com a remissão para o n.º 2 do artigo 120.º a tarefa do juiz será, a partir daí, de uma ponderação de danos verdadeira (entre os que decorreriam do levantamento e os que adviriam da suspensão), devendo a suspensão ser levantada se os prejuízos para o interesse público e privado em presença decorrentes da manutenção do efeito suspensivo forem superiores aos danos para os interesses em presença decorrentes do levantamento”*, uma vez que, segundo a autora, esta seria a única interpretação que garantia a *“proteção igual dos vários interesses em presença, não se vendo como seria constitucionalmente admissível privilegiar a proteção dos interesses do demandante face aos interesses da entidade demandada e dos contrainteressados (sem esquecer as exigências da Diretiva Recursos a este propósito)”*.

De facto a Diretiva 89/665/CEE (após a redação dada pela Diretiva 2007/66/CE) prevê no seu artigo 2.º, n.º 5²²⁹ uma simples ponderação entre os interesses suscetíveis de serem lesados e o interesse público, não privilegiando nenhum dos lados, nem exigindo, do lado da entidade adjudicante e do adjudicatário, a invocação de danos qualificados para decidir levantar o

²²⁶ Cf. CADILHA, ANTÓNIO – o Efeito suspensivo... *op. cit.*, p. 11.

²²⁷ *Idem.*

²²⁸ Cf. CABRAL, Margarida Olazabal – *op. cit.*, p. 59.

²²⁹ Que tem a seguinte redação: *“Os Estados-Membros podem prever que a instância responsável pelo recurso possa ter em conta as consequências prováveis da aplicação das medidas provisórias atendendo a todos os interesses suscetíveis de serem lesados, bem como o interesse público, e decidir não decretar essas medidas caso as consequências negativas das mesmas possam superar as vantagens.”*

efeito suspensivo automático. No entanto, como refere Ana Neves²³⁰, a norma da Diretiva é dirigida às medidas provisórias (que têm de ser requeridas e, sendo o caso, decretadas) e não ao efeito suspensivo (artigo 2.º, n.º 2) que deve existir nos termos referidos, pelo que a formulação portuguesa, como alerta a autora merece reserva.

Após a apresentação do requerimento inicial do incidente de levantamento da suspensão de eficácia, o autor é notificado para responder no prazo de 7 dias, *“findo o que o juiz decide no prazo máximo de 10 dias, contado da data da última pronúncia apresentada ou do termo do prazo para a sua apresentação”* (103.º-A, n.º 3, do CPTA).

Em face dos requisitos estabelecidos para o requerimento de levantamento, o autor pode: *“não responder (por verificar que não foram invocados prejuízos graves ou lesões claramente desproporcionadas); responder, centrando a sua defesa na contestação das razões invocadas pelos requerentes, na alegação e prova dos efeitos que para si resultam do levantamento do efeito suspensivo, ou em ambos os segmentos argumentativos”*²³¹.

O artigo 103.º-A, n.º 4, do CPTA surpreende, uma vez que o n.º 2 do mesmo preceito legal já previa que, na decisão sobre a manutenção ou o levantamento do efeito suspensivo automático, haveria lugar *“à aplicação do critério previsto no n.º 2 do artigo 120.º”* para o decretamento (ou não decretamento) de providências cautelares. Deste modo parece haver um lapso ou uma remissão sem grande sentido útil. Duarte Rodrigues Silva²³² entende contudo, que o legislador quis estabelecer um faseamento binário: primeiro deve verificar-se se o diferimento da execução do ato é *“gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos”* e só depois, em caso de resposta afirmativa (se for negativa, o incidente cai por si), se passa ao sopesar de prejuízos. Marco Caldeira²³³ afirma todavia, que esse objetivo do legislador poderia ter sido conseguido apenas com a redação do artigo 103.º-A, n.º 2, não encontrando razão justificativa para que *“o n.º 4 desse preceito reproduza o que resulta do artigo 120.º, n.º 2, para o qual o artigo 103.º-A, n.º 2, já remetia”*.

²³⁰ Cf. NEVES- Ana Fernanda Ferreira Pereira – *op. cit.*, p. 119

²³¹ Vide. Silva, Duarte Rodrigues Silva – *op. cit.*, p. 12.

²³² Idem.

²³³ Cf. CALDEIRA, Marco – *op. cit.*, p. 36.

Alerta o autor para o facto de se a jurisprudência manter a postura restritiva assumida em sede de decretamento das providências pré-contratuais do artigo 132.º do CPTA, virmo-nos a deparar com o sistemático levantamento do efeito suspensivo e, conseqüentemente, um quase esvaziamento, da tutela do impugnante (que o artigo 103.º-A, n.º 1 visou garantir²³⁴).

Do acórdão do TCA Sul de 24 de Novembro de 2016, processo n.º 919/16.7BELSB, resulta que, a metodologia decisória do juiz passa pela ponderação racional e expressa (num juízo de prognose), de todos os interesses em presença e de todos os danos respetivos à luz da máxima metódica da proporcionalidade (com os suas vertentes: adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade, proporcionalidade em sentido estrito ou equilíbrio); nos dois pratos da balança vão estar de um lado, os prejuízos a causar pela continuação do efeito suspensivo automático e do outro lado, os prejuízos a causar pela retoma do prosseguimento do procedimento pré-contratual na fase pós-adjudicatória; o juiz decidirá levantar o efeito suspensivo da interposição da ação, se concluir que os prejuízos que resultarão da manutenção do efeito suspensivo se mostram claramente superiores aos prejuízos que possam resultar da retoma do prosseguimento do procedimento pré-contratual na fase pós – adjudicatória.

Alerta o acórdão do TAF do Porto de 18 de Novembro de 2016, processo n.º 01237/16.6BEPRT-A, *“não está em causa ponderar valores ou interesses em si, mas danos ou prejuízos, que numa prognose relativa às circunstâncias do caso concreto, possam emergir ou não, do levantamento do efeito suspensivo dos efeitos do ato impugnado”*: ou seja, *“a ponderação a efetuar deve ser feita entre prejuízos ou danos e não entre os interesses em presença, sendo que a lei não consagra qualquer prevalência do interesse público face aos demais interesses em conflito, tanto mais que não se trata de ponderar o interesse público com o interesse privado, visto o que está em conflito são as consequências que podem resultar da concessão ou da sua recusa para todos os interesses envolvidos, independentemente da sua natureza”*.

Dos artigos 63.º, n.º 2 e 77º-A, n.º 1, alínea d), do CPTA, resulta que o impugnante, continua, a poder ampliar o objeto do processo à impugnação do

²³⁴ Idem.

contrato entretanto celebrado (se tiver sido impugnada a adjudicação e levantado o efeito suspensivo automático).

Secção 3.^a

Artigo 287.º do CCP e formas de reação contra o efeito suspensivo

A revisão do CCP (Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31/08) veio deslocar as hipóteses anteriormente cobertas pelo artigo 283.º-A (Anulação de contratos com fundamento em vícios procedimentais) para os n.º 5 a 8 do artigo 287.º, preceito dedicado à eficácia do contrato.

Assim, prescreve o n.º 5 do artigo 287.º do CCP que os contratos são ineficazes: “a) *na sequência de um procedimento de formação de contrato sem publicação prévia de anúncio do respetivo procedimento no Jornal Oficial da União Europeia, quando exigível*”; “b) *antes de decorrido, quando aplicável, o prazo de suspensão previsto no n.º 3 do artigo 95.º ou na alínea a) do n.º 1 do artigo 104.º, conforme o caso*”.

Esta solução cumpre a obrigação de transposição da Diretiva 2007/66/CE, na medida em que esta apenas exige, quando estejam em causa aquelas situações, a “*privação de efeitos*” do contrato, não obrigando a que tal privação decorra de uma invalidade.

Uma primeira leitura do artigo 287.º não permite perceber se a ineficácia a que se refere o n.º 5 carece de uma declaração judicial nesse sentido ou se, se tratará de situação suscetível de ser constatada pela Administração²³⁵. Como explica Ana Raquel Gonçalves Moniz²³⁶ “*considerando apenas o texto do CCP, a resposta a esta questão decorrerá apenas do n.º 7 do artigo 287.º que, aludindo à decisão judicial ou arbitral determinante do afastamento da ineficácia, apontará no sentido de que também o reconhecimento desta última pressuporá uma decisão de natureza jurisdicional, não revestindo natureza automática*”.

²³⁵ Um aspeto que surge reforçado pela circunstância de o artigo 307.º não classificar a declaração de ineficácia em qualquer das categorias (declaração negocial ou ato administrativo) de atuações do contraente público.

²³⁶ Cf. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves - *Comentários à revisão do código dos contratos Públicos- “A Invalidade do Contrato no Código dos Contratos Públicos”*, coordenação de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira, AAFDL, 2017, pp. 859-860

O artigo 287.º não prevê prazos para a arguição desta ineficácia, apesar de o artigo 2.º-F das Diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE estabelecer essa possibilidade²³⁷.

O regime atual é mais rígido que o anterior, o legislador não utilizou a faculdade prevista pelo n.º 2 do artigo 2.º-D das Diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE, *“que lhe permitia uma flexibilização da disciplina jurídica, em termos de conferir à declaração de ineficácia ex nunc ou ex tunc, isto é, respetivamente, considerar ineficaz ab origine ou limitar essa privação de efeitos às obrigações que ainda devessem ser cumpridas, sem prejuízo, neste último caso, da aplicação de outras sanções. Atualmente, a única avaliação a realizar consiste em declarar a ineficácia ou afastá-la (após uma ponderação dos interesses públicos e privados em presença, mas não com os fundamentos previstos no n.º 8 do artigo 287.º), impondo sanções alternativas”*²³⁸.

Ana Raquel Gonçalves Moniz defende que no *“ n.º 5 do artigo 287.º, situações existem cuja verificação deveria conduzir a uma invalidade e não a uma ineficácia, considerando o significado que estas categorias revestem no Direito Administrativo e que as apartam do sentido que têm no Direito Civil. Recorde-se que, diferentemente do que sucede neste último ramo, em que os conceitos de validade e eficácia confluem numa noção ampla de eficácia, no horizonte do Direito Administrativo faz-se uma distinção entre ambas: assim, enquanto a validade tem a ver com momentos intrínsecos da atuação, com os seus elementos constitutivos, a segunda refere-se a elementos extrínsecos à mesma, pelo que a eficácia diz respeito à operatividade da ação administrativa, ao passo que a validade está intimamente conexcionada com a existência ou não de vícios (ilegalidades) que comprometam a sua integridade”*²³⁹.

É mais rigorosa a qualificação como ineficaz do contrato cuja celebração ocorre antes do decurso do prazo constante do n.º 3 do artigo 95.º. Desta disposição parece concluir-se que a *perfeição* do contrato ocorre na adjudicação – o momento em que se encontram, pela primeira vez, em simultâneo, o caderno de encargos e a proposta, permitindo conferir à

²³⁷ Assim, enquanto na redação anterior, e por se tratar de uma anulação do contrato, se aplicavam às ações os prazos constantes do artigo 77.º-B do CPTA, a alteração operada pela revisão de 2017 sugere que a declaração de ineficácia poderá ser arguida a qualquer momento, sem dependência de prazo.

²³⁸ Cf. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves – *op. cit.*, pp. 861-862

²³⁹ Idem

adjudicação a dupla veste de ato administrativo e de declaração negocial. Mas há a necessidade do estabelecimento de um prazo mínimo entre a adjudicação e a execução do contrato, (que as Diretivas chamam “prazo suspensivo”) destinado a permitir aos interessados reagir contra eventuais ilegalidades verificadas durante o procedimento. A inobservância do prazo suspensivo não origina, uma invalidade (sancionável com a anulabilidade), mas antes uma *ineficácia*. “Neste sentido, e no que toca ao decurso do prazo suspensivo, poder-se afirmar que a eficácia do contrato não reduzido a escrito se encontra sujeito à verificação de um termo inicial *ex lege*”²⁴⁰.

Mas para Ana Raquel Moniz “as restantes situações correspondem a hipóteses (embora diferenciadas) de invalidade, por se verificar a existência de vícios durante o *iter* de formação (*lato sensu*) do contrato (em momento, por conseguinte, anterior ao da sua perfeição), quer no procedimento dirigido à adjudicação, quer no procedimento pós-adjudicatório – situações que, na ausência do n.º 5 do artigo 287.º, receberiam o seu tratamento no quadro da invalidade contratual”. “Assim, a adoção de um procedimento de formação do contrato sem publicação prévia de anúncio do respetivo procedimento no JOUE nos casos em que exigível inquinaria, no limite, a validade do adjudicação (por preterição de trâmite obrigatório), a qual, por sua vez, poderia determinar a invalidade consequente do contrato; por sua vez, a celebração do contrato antes de passados os dez dias sobre a notificação da adjudicação corresponderia a uma invalidade própria do contrato, resultante de um vício no procedimento pós-adjudicação”.²⁴¹

Apesar do reforço da posição jurídica do demandante que resulta da suspensão automática, a verdade é que o legislador no CPTA não previu qualquer mecanismo de garantia ou de punição em caso de violação desse efeito suspensivo automático por parte da entidade adjudicante ou do adjudicatário.

Na falta de regulação legal expressa, sugeriu a doutrina, (ainda em fase da discussão pública do Anteprojeto de revisão do CPTA) que o interessado, quando tenha conhecimento de uma violação do efeito suspensivo, pudesse

²⁴⁰ Idem p. 862

²⁴¹ Idem pp. 862-863

lançar mão de um incidente de execução indevida, (artigo 128.º, n.º 4, do CPTA no contexto de processos cautelares²⁴²).

Isto não invalida a responsabilidade que recai sobre as entidades que violarem o efeito suspensivo e da ilegalidade que inquinará os atos, formalidades e trâmites praticados em desobediência daquele, exceção feita se forem praticados em estado de necessidade administrativa (artigo 3.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo).

Apesar do avanço no que toca à tutela jurisdicional efetiva que o efeito suspensivo veio proporcionar, não se pode deixar de alertar que uma utilização abusiva por parte dos interessados pode resultar numa sobrecarga dos tribunais administrativos com ações infundadas, com o exclusivo objetivo de se prevalecerem da suspensão, confiando na falta de meios dos Tribunais para manterem a Administração Pública paralisada durante largos meses (ou até mesmo anos).

Assim a doutrina debateu algumas formas de reação contra esta situação. O paralelo mais próximo é o artigo 126º, n.º 1, do CPTA que prevê a aplicação, pelo juiz, de uma taxa sancionatória excepcional (artigo 531.º do CPC), quando o requerimento ou incidente *“seja manifestamente improcedente e a parte não tenha agido com a prudência ou diligência devida”*, bem como a responsabilização do requerente *“pelos danos que, com dolo ou negligência grosseira, tenha causado ao requerido e aos contrainteressados”*. A analogia seria justificada porque o artigo 103.º-A do CPTA constitui *“um momento ou efeito materialmente cautelar “enxertado” no seio de um processo principal”* como defende Marco Caldeira²⁴³. Todavia não existe uma lacuna que necessite de ser integrada e uma norma sancionatória (excepcional) não pode ser objeto de uma interpretação analógica²⁴⁴.

Assim, a solução será a aplicação direta do mecanismo do artigo 531.º do CPC (que vale por si mesmo, enquanto afloramento de um princípio geral de Direito processual, não necessitando da remissão do artigo 126.º, n.º 1, do CPTA mas bastando-se com a que é feita pelo artigo 1.º do CPTA), para além da condenação do autor como litigante de má-fé (artigo 542.º do CPC) quando

²⁴² MARTINS, Ana Gouveia – *Os processos urgentes no anteprojeto de revisão do CPTA*, Revista Julgar, nº 23, Maio-Agosto de 2014, p. 188.

²⁴³ Cf. CALDEIRA, Marco – *op. cit.*, p. 39.

²⁴⁴ Artigo 11º do CC.

se demonstre ter ele feito recurso abusivo do processo, unicamente com intuítos dilatórios²⁴⁵.

Outra questão debatida consiste em determinar se, na pendência do processo contencioso (e assumindo que o efeito suspensivo automático não foi levantado), pode o réu lançar mão de um ajuste direto, com base em critérios materiais, como o do artigo 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, nos termos do qual o ajuste direto é admitido quando, *“na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante”*.

Rodrigo Esteves de Oliveira²⁴⁶ defende esta possibilidade, considerando, por um lado, que a instauração de uma ação de contencioso pré-contratual não será sempre e necessariamente *“imputável à entidade adjudicante”* e que, por outro lado, a prossecução do interesse público pode justificar o recurso a este procedimento mas, só quando o ajuste direto em causa *“não frustre o objeto da adjudicação impugnada”²⁴⁷*, ou seja, *“quando o bem que se adquire através do ajuste direto represente uma necessidade permanente da entidade demandada (de que ela carecerá sempre, renovadamente)”*, mas não *“quando se trate de dar resposta a uma necessidade esporádica (...), que, uma vez satisfeita, não se renova”²⁴⁸*.

Podemos concluir então, que para além do incidente de levantamento do efeito suspensivo, existem outras formas da entidade adjudicante e o adjudicatário reagirem contra o efeito suspensivo automático, nomeadamente a aplicação do artigo 531.º do CPC, ex vi do artigo 1.º do CPTA (em caso de uso abusivo por parte dos interessados) e também o ajuste direto, com base em critérios materiais, como o do artigo 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, mas apenas se as circunstâncias invocadas na ação não sejam imputáveis à entidade adjudicante e se o ajuste direto não frustre o objeto da ação impugnada.

²⁴⁵ No mesmo sentido, Cf. Duarte Rodrigues Silva- *op. cit.*, p. 11, nota 26.

²⁴⁶ Cf. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de – *op. cit.* P. 21.

²⁴⁷ *Idem.*

²⁴⁸ *Idem.*

Capítulo 3.º

O efeito do recurso das decisões sobre o levantamento ou não do efeito suspensivo automático

A decisão final do processo materializa-se numa sentença, que pode ser impugnada para os Tribunais superiores por meio de um recurso jurisdicional (artigos 140.º e seguintes do CPTA), a ser interposto no prazo de 15 dias (artigo 147.º, n.º1) e com tramitação urgente, reduzindo-se os prazos a metade e tendo o seu julgamento *“prioridade sobre os demais processos”*²⁴⁹ (artigo 147.º, n.º 2).

Do artigo 143.º, n.º 1 do CPTA resulta que os recursos interpostos da decisão final em processos de contencioso pré-contratual terão efeito suspensivo da decisão recorrida. A lei nada prevê quanto aos efeitos das decisões que determinem o levantamento ou suspensão do efeito suspensivo automático, nos termos dos n.º 2 e 4 do artigo 103.º-A do CPTA. Deste modo, parece apontar para que o recurso destas decisões também tenha efeito suspensivo. No mesmo sentido já se pronunciou o TCA Sul, em Acórdão de 24 de Novembro de 2016, processo n.º 919/16.7BELSB:

“I – A regra fixada no n.º 1 do artigo 143º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos é o efeito suspensivo dos recursos (os recursos ordinários têm efeito suspensivo da decisão recorrida), ao contrário do estabelecido no processo civil atual; aplica-se aos recursos interpostos contra a decisão do incidente previsto no artigo 103.º-A, n.º 4, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

II – A exceção no Código de Processo nos Tribunais Administrativos é o efeito devolutivo dos recursos, que ocorrerá em três grupos de situações expressamente escolhidas pelo legislador em 2015: nos três casos elencados no n.º 2 do artigo 143.º, onde não se inclui o presente processo; em outros casos previstos em lei, onde não se inclui o presente caso; e por decisão do juiz, na sequência de requerimento do recorrente, quando a suspensão dos efeitos da sentença seja passível de originar situações de facto consumado ou a produção de prejuízos de difícil reparação para a parte vencedora ou para os

²⁴⁹ Cf. CORDEIRO, Maria Ataíde e MELO, Pedro – *op. cit.*, p. 675.

interesses, públicos ou privados, por ela prosseguidos; não foi o presente caso, em que o efeito devolutivo foi solicitado pelo réu recorrido.

III – As regras contidas no artigo 9.º do Código Civil não consentem a afirmação de que a letra dos artigos 36.º e 143.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (“first meaning”) ficou aquém do sentido ou espírito de tais artigos (“deep meaning”); entender o oposto, corrigindo a lei, a favor da aplicação do regime excecional previsto no n.º 2 do artigo 143.º, implicaria desrespeitar (i) o artigo 9.º, n.ºs 2 e 3, do Código Civil relativamente ao legislador que reviu o Código de Processo em 2015 e (ii) o princípio da separação dos poderes do Estado”.

No entanto, esta posição²⁵⁰ (embora com apoio na letra da lei) conduz como declara Marco Caldeira²⁵¹ *“a um resultado profundamente nocivo, o de permitir que, em caso de levantamento do efeito suspensivo automático, o autor possa recorrer da decisão de levantamento com vista a perpetuar esse efeito; do mesmo modo, se o efeito suspensivo automático não foi levantado ou se foi decretada uma medida provisória, o autor que seja confrontado com uma sentença desfavorável na ação poderá, aparentemente, através do recurso jurisdicional, prolongar a suspensão de efeitos anteriormente obtida (o que, no limite, pode propiciar condutas abusivas, sobretudo se a ação era manifestamente infundada e o recurso tiver propósitos meramente dilatórios)”*. Em última análise, trata-se de um entendimento que permite ao autor *“retirar toda a eficácia e alcance ao incidente de levantamento do efeito suspensivo”*, sem que este resultado possa ser evitado através do mecanismo previsto no artigo 143.º, n.º 3, do CPTA, já que esta norma apenas permite ao recorrente (mas não aos recorridos) que requeira a atribuição de efeito meramente devolutivo ao recurso²⁵².

De sublinhar, no entanto que o legislador prevê que os recursos interpostos de decisões respeitantes a processos cautelares e seus incidentes têm efeito

²⁵⁰ Reiterada em outros acórdãos, como o Acórdão do TCA Sul de 15 de Dezembro de 2016, processo n.º 212/16.5BEFUN, que decidiu que os processos de contencioso pré-contratual não estão *“abrangidos pela disposição contida no artigo. 143º, nº2, al. b) do CPTA, que apenas se aplica às decisões respeitantes a processos cautelares”*, sendo, nesses casos, *“evidentemente aplicável a regra geral prevista no artigo 143º, nº1 do CPTA, que determina que “os recursos ordinários têm efeito suspensivo da decisão recorrida”, devendo, por isso, ser atribuído efeito suspensivo ao recurso”*.

²⁵¹ Cf. CALDEIRA, Marco – *op. cit.*, p. 48.

²⁵² Cf. CADILHA, António – *O Efeito Suspensivo... op. cit.*, p. 12, nota 14.

meramente devolutivo, para impedir que o recurso constitua um meio de arrastar indefinidamente a manutenção do *status quo* obtida em sede cautelar²⁵³. Ora, embora a decisão de levantamento ou não do efeito suspensivo seja adotada num processo principal, esta decisão acaba por ter a mesma natureza do que uma decisão respeitante a processo cautelar²⁵⁴. Relembre-se, aliás, que o próprio artigo 103.º-A, n.º 2 manda aplicar o estabelecido para a decisão das providências cautelares. Trata-se, por isso, de uma decisão adotada com os mesmos pressupostos do que a decisão numa providência cautelar, do que se trata com o efeito suspensivo automático é de, com uma tutela provisória, salvaguardar o efeito útil da sentença; o que está em causa na decisão de levantamento é a de decidir sobre a manutenção ou não dessa tutela provisória. Não existe assim, fundamento plausível que permita explicar que o Decreto-Lei n.º 214-G/2015 não tenha estendido o mesmo regime aos recursos dos incidentes cautelares suscitados no âmbito de outros processos²⁵⁵.

Esta preocupação já levou o TCA Sul, em Acórdão também de 24 de Novembro de 2016, processo n.º 13747/16, a entender que *“a alínea b) do número 2 do artigo 143.º do CPTA, interpretada extensivamente, comporta na sua previsão legal a decisão incidental proferida ao abrigo do artigo 103.º-A, n.º 4, do CPTA (de deferimento ou de indeferimento do pedido de levantamento do efeito suspensivo automático previsto no nº 1 daquele artigo), que tem natureza cautelar, pelo que ao recurso que da mesma for interposto cabe efeito devolutivo”*.

Podemos concluir que a jurisprudência se divide, uma vez que no mesmo dia, o mesmo Tribunal proferiu duas decisões diametralmente opostas quanto ao mesmo problema em análise: Uma recusou expressamente proceder a qualquer interpretação extensiva do artigo 143.º, n.º 2, alínea b), do CPTA,

²⁵³ A nova redação do artigo 143.º, n.º 2, alínea b) do CPTA é até mais clara do que a redação anterior. Na redação pré-Decreto-Lei n.º 214-G/2015, o n.º 2 do artigo 143.º apenas atribuía recurso devolutivo aos recursos interpostos de *“decisões respeitantes à adoção de providências cautelares”*, o que suscitava a questão de saber qual o efeito do recurso de decisões respeitantes à não adoção de tais providências.

²⁵⁴ É um momento cautelar enxertado no processo principal. Veja-se também o artigo 3º, nº 3, com a seguinte redação: *“Os tribunais administrativos asseguram os meios declarativos urgentes necessários à obtenção da tutela adequada em situações de constrangimento temporal, assim como os meios cautelares destinados à salvaguarda da utilidade das sentenças a proferir nos processos declarativos”*.

²⁵⁵ No mesmo sentido vide Duarte Rodrigues Silva – *op. cit.*, p. 8, nota 15.

afirmando de forma perentória o efeito suspensivo do recurso, por ser essa a regra geral e a outra, que defendeu que o recurso interposto da ação principal teria, também ele, efeito meramente devolutivo, procedendo, para isso, a uma interpretação extensiva do que dispõe o artigo 143.º, n.º 2, alínea b), do CPTA.

Na doutrina autores como Marco Caldeira²⁵⁶, Margarida Olazabal Cabral²⁵⁷, Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha²⁵⁸ já se pronunciaram defendendo que o recurso nestes casos tem efeito devolutivo.

De facto, apesar do menor suporte na letra da lei, esta última solução (que faz uma interpretação extensiva do artigo 143.º, n.º 2, alínea b), do CPTA) é a que melhor se concilia com a unidade do sistema jurídico, uma vez que não faz sentido que o recurso da decisão sobre um incidente destes tenha o mesmo efeito do recurso interposto da sentença final; além de que este incidente mais não é do que um momento cautelar integrado no seio da ação principal (justificando-se a identidade de efeitos face aos do recurso das sentenças proferidas em processos cautelares propriamente ditos); sem esquecer as nefastas consequências práticas decorrentes da atribuição de um efeito suspensivo (sendo que, em derradeira linha, as entidades adjudicantes e os contrainteressados apenas disporão dos mecanismos dos artigos 531.º e 542.º do CPC para reagir a condutas processualmente abusivas do recorrente).

Depois de transitada em julgado a sentença (e/ou as decisões dos Tribunais superiores que tenham conhecido de eventuais recursos que contra aquela tenham sido interpostos), deve a Administração cumpri-la, no prazo previsto na lei (artigo 175.º, n.º 1, do CPTA), podendo o interessado lançar mão de um processo executivo²⁵⁹, em caso de falta de cumprimento espontâneo da sentença²⁶⁰.

²⁵⁶ Vide CALDEIRA, Marco – *op. cit.*, pp. 47-49

²⁵⁷ Vide CABRAL, Margarida Olazabal – *Alterações ao Contencioso Pré-contratual... op. cit.*, pp. 60-62.

²⁵⁸ Vide ALMEIDA, Mário Aroso de e CADILHA Carlos Alberto Fernandes – *op. cit.*, pp. 847-848.

²⁵⁹ Artigos 157º e seguintes do CPTA, em especial artigos 173º e ss.

²⁶⁰ Cf. CALDEIRA, Marco - *op. cit.*, p. 50.

Capítulo 4.º

O Novo Artigo 103.º-B do CPTA

Para além do efeito suspensivo automático da impugnação do ato de adjudicação, a que se refere o artigo 103.º-A, um segundo aspeto particularmente inovador do projeto de revisão do CPTA, no que respeita ao contencioso pré-contratual, consiste na possibilidade de adoção de medidas provisórias, prevista no artigo 103.º-B.

Nos termos da lei, as medidas provisórias destinam-se a *“prevenir o risco de, no momento em que a sentença venha a ser produzida, se ter constituído uma situação de facto consumado ou já não ser possível retomar o procedimento pré-contratual para determinar quem nele seria escolhido como adjudicatário”* (artigo 103.º-B, n.º 1). Este regime é bem flexível²⁶¹, o requerente pode pedir qualquer medida que entenda adequada, ficando a seu cargo demonstrar essa adequação. Aquilo que está em causa é prevenir o *“periculum in mora”*, o perigo de perda de utilidade do processo, isto é, o risco de que, quando o processo chegue ao seu termo, a decisão nele proferida já não venha a tempo de dar resposta adequada à pretensão do requerente, permitindo a reconstituição do procedimento pré-contratual por forma a corrigir a infração ao direito da contratação pública²⁶².

Marco caldeira²⁶³ critica a utilização da expressão *“já não ser possível retomar o procedimento pré-contratual”*, uma vez que para o autor, em tese será sempre (ou quase sempre) possível retomar o procedimento pré-contratual, se não para efetivamente proceder à celebração do contrato (pois pode suceder, que à data da sentença, o contrato já foi integralmente executado), pelo menos *“para determinar quem nele seria escolhido como adjudicatário”*²⁶⁴. Para o autor *“depois de determinar que uma medida provisória pode ser adotada para prevenir o risco de constituição de um facto consumado, o legislador não precisava de acrescentar mais nada, muito menos chamar à colação uma expressão tão ambígua como o da impossibilidade de*

²⁶¹ Cf. CABRAL, Margarida Olazabal – Alterações ao Contencioso Pré-contratual... *op. cit.*, p.62.

²⁶² Cf. CADILHA, António – Contencioso pré-contratual – *op. cit.*, p. 215.

²⁶³ Cf. CALDEIRA, Marco – *op. cit.*, p. 41.

²⁶⁴ *Idem.*

*retoma do procedimento pré-contratual para determinação do adjudicatário, para mais como critério alternativo ao da criação de um facto consumado*²⁶⁵”.

Diferentemente do que sucede com o levantamento da suspensão automática do artigo 103.º-A, a lei prevê expressamente que o pedido de adopção de medidas provisórias é tramitado como um incidente, que corre termos nos autos do próprio processo (artigo 103.º-B, n.º 2). Num apelo ao “novo” dever de gestão processual que foi agora acolhido no artigo 7.º-A do CPTA (por inspiração do processo civil), o artigo 103.º-B, n.º 2 do CPTA remete para o juiz a modelação deste incidente, impondo apenas o limite do *“respeito pelo contraditório, em função da complexidade e urgência do caso”*, complexidade e urgência, estas, que caberá ao Tribunal apurar, não estando legalmente balizado por prazos imperativos, tudo dependendo dos contornos do caso concreto (e da capacidade de resposta da “máquina judiciária”²⁶⁶). O artigo 103.º-B não fixa assim, qualquer prazo ao juiz para a emissão de decisão sobre a adoção (ou não adoção) de medidas provisórias (ao contrário do artigo 103.º-A, n.º 3). A segurança da fixação legal de um prazo certo é aqui substituída pela flexibilidade de uma tramitação que se adapte, e sirva, o caso concreto²⁶⁷.

O requerimento das medidas provisórias não tem efeito automático, a suspensão tem de ser requerida e decretada, (decorre de iniciativa processual do autor) e decorre de decisão judicial nesse sentido.

Quanto ao critério de decisão, dispõe o n.º 4 do artigo 103.º-B que *“a medida provisória é recusada quando os danos que resultariam da sua adoção se mostrem superiores aos que podem resultar da sua não adoção, sem que tal lesão possa ser evitada ou atenuada pela adoção de outras medidas”*. Aqui parece operar, o critério da ponderação de interesses, tal como em sede cautelar, não fazendo a lei apelo a qualquer gradação dos prejuízos invocados de parte a parte, ao contrário do que sucede no contexto da impugnação da adjudicação²⁶⁸.

²⁶⁵ Idem.

²⁶⁶ Idem p. 42.

²⁶⁷ Cf. CABRAL, Margarida Olazabal – Alterações ao Contencioso Pré-contratual... *op. cit.*, p. 63.

²⁶⁸ Cf. SILVA, Duarte Rodrigues – *op. cit.*, p. 12

O texto da lei parece admitir que o dano correspondente à perda de possibilidade de celebrar o contrato constitui um dano em si mesmo, que deve ser ponderado (ao contrário da prática na jurisprudência²⁶⁹). É do interesse do requerente das medidas provisórias alegar de forma concreta, e provar, todos os prejuízos que para si podem resultar da não concessão da medida provisória (incluindo a probabilidade que teria de vir a obter o contrato, as consequências concretas que para si representa não poder celebrar aquele contrato, e todos os outros danos resultantes do ato em causa) de forma a que na ponderação de prejuízos o Tribunal não conclua que os danos que resultariam da adoção da providência requerida são superiores aos que resultam da recusa da mesma²⁷⁰.

E como resulta da parte final do artigo 103.º-B, n.º 4, o tribunal tem o poder/dever de substituir a medida por outra diferente.

Embora a lei não seja clara nesse sentido parece que o disposto no artigo 103.º-B afasta o recurso às providências cautelares reguladas no artigo 112.º e seguintes do CPTA, no caso de processos a que se aplique o artigo 100.º do CPTA. Uma vez que se trata de dar cumprimento ao disposto na Diretiva Recursos, e sabendo-se que esta visa não apenas tutelar o interessado dos potenciais lesados em procedimentos de contratação pública, mas o interesse público envolvido, e tendo o legislador ponderado que esse desiderato se obteria, no caso de processos que não tenham por objeto o ato de adjudicação, através das medidas provisórias previstas no artigo 103.º-B, não faria sentido permitir aos interessados que utilizassem alternativamente as providências previstas no artigo 112.º (duplicação de meios)^{271 272}. Além do mais o artigo 132.º do CPTA esclarece que não se aplica aos contratos do artigo 100.º, o que parece decidir a questão no sentido da não aplicação das providências cautelares.

²⁶⁹ Vide Acórdão do (STA) de 1 de Outubro de 2015, processo n.º 12453/15

²⁷⁰ Cf. CABRAL, Margarida Olazabal – *Alterações ao Contencioso Pré-contratual... op. Cit.*, p.64.

²⁷¹ Idem.

²⁷² Apesar deles puderem ter interesse em fazê-lo, designadamente para que pudessem beneficiar do regime do artigo 128.º do CPTA.

Conclusão

A tutela cautelar do contencioso pré-contratual sofreu uma profunda evolução nos últimos 30 anos, desde a vigência da LPTA até à mais recente revisão do CPTA, efetuada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de Outubro.

Na vigência da LPTA, a única medida cautelar específica era a suspensão da eficácia do acto regulada no artigo 76.º.

No entanto, devido à grande evolução da contratação pública no mercado único, o legislador europeu percebeu a necessidade da criação de um conjunto uniforme de regras capazes de conferir uma tutela efetiva aos potenciais candidatos/concorrentes. Foi neste contexto que surgiram as primeiras Diretivas recursos, primeiro a Diretiva n.º 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro, referente aos procedimentos para a formação dos contratos para a aquisição e locação de bens e serviços e de empreitadas de obras públicas e mais tarde a Diretiva n.º 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de Fevereiro, referente aos chamados setores especiais da contratação pública.

Portugal procurou através do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Julho, cumprir estas exigências das Diretivas recursos. Este Decreto-Lei introduziu importantes inovações, como a forma de processo urgente (que obedecia a uma tramitação própria e específica); a consagração de medidas cautelares para evitar a produção de efeitos lesivos e a consagração de garantias de carácter administrativo.

A Lei nº 15/2002, de 22 de Fevereiro, aprovou o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA). No entanto, a Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, menos de um ano depois, procedeu a alterações no CPTA e ETAF e adiou a entrada em vigor destes dois diplomas para 1 de Janeiro de 2004.

Fez também importantes alterações ao regime do Decreto-Lei nº 134/98, de 15 de Maio. No entanto, reconhecendo a importância deste Decreto-Lei no cumprimento das “Diretivas Recursos”, estas alterações entrariam em vigor no dia seguinte ao da publicação (ao contrário do que sucedeu com o CPTA).

Em 2004 (1 de Janeiro) entrou em vigor o CPTA e o contencioso pré-contratual ganhou autonomia própria. Era um processo urgente, cujo regime se encontrava regulado nos artigos 100.º a 103.º do CPTA. No fundo tratou-se de

introduzir no CPTA uma versão “revista e ampliada” do regime do Decreto-Lei n.º 134/98, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 4-A/2003.

No que toca à tutela cautelar, o CPTA institui um regime específico para os procedimentos relativos à formação de contratos (artigo 132.º). Essa tutela passou a ponderar pela primeira vez no nosso sistema os interesses do contrainteressado (adjudicatário), e o critério da aparência do bom direito (*fumus bonis iuris*).

Com o passar dos anos, o legislador europeu constatou que as Diretivas recursos não estavam a atingir o propósito garantístico de recurso que se pretendia. De facto, verificou-se que existia um défice de tutela jurisdicional dos participantes em procedimentos de contratação pública, em particular no que respeitava à possibilidade de impugnação, em momento útil do ato de adjudicação. Ora, não conseguindo impugnar em tempo útil a adjudicação, os interessados apenas podiam recorrer à tutela indemnizatória. Sucede que também aqui se verificava uma tendência para a jurisprudência fixar de forma muito restritiva as indemnizações a atribuir, fruto das inúmeras dificuldades que o julgamento de uma ação indemnizatória deste tipo comportava, dificuldades que incidem particularmente: sobre o estabelecimento de um nexo de causalidade entre a infração cometida e um determinado dano; e sobre o cômputo deste dano. Esta situação acabou por resultar na adoção, pelas entidades adjudicantes, de um conjunto de práticas nocivas com o objetivo de garantir o efetivo cumprimento do direito da contratação pública. Uma dessas práticas era o recurso aos ajustes diretos ilegais. Outra delas respeitava à tendência para essas entidades, após a prática do ato de adjudicação, procederem rapidamente à celebração do contrato público visado, fenómeno que ficou conhecido por “corrida à assinatura do contrato”.

Foi para responder a estes problemas que surgiu a Diretiva 2007/66/CE que introduziu um conjunto de inovações destinadas a reforçar a efetividade dos mecanismos de recurso pré-contratuais, de maneira a garantir que estes estejam efetivamente disponíveis num momento prévio à celebração do contrato, e que as entidades adjudicantes não possam livremente restringir a sua eficácia. Entre os mecanismos introduzidos pela Diretiva estavam o *período de standstill* (artigo 2.º - A), o efeito suspensivo (artigo 2.º, n.º 3) e a privação de efeitos do contrato (2.º-D).

O legislador nacional no preâmbulo do Decreto-Lei nº 131/2010, de 14 de Dezembro enunciou o propósito de transpor integralmente esta Diretiva, mas na prática ele apenas procedeu à transposição das exigências da Diretiva no plano substantivo nomeadamente através da redação do artigo 104.º n.º1 alínea a) do código dos Contratos Públicos (período de *standstill*) mas absteve-se de introduzir no plano processual (CPTA) a previsão do efeito suspensivo automático que era imposto no artigo 2.º n.º 3.

O legislador não cumpriu assim as exigências da Diretiva e embora a jurisprudência e parte da doutrina defendessem a aplicação do artigo 128.º nos casos de impugnação de atos de adjudicação, a verdade é que este mecanismo não cumpria todas as exigências da Diretiva recursos e levantava dúvidas de aplicação uma vez que o artigo 128.º se encontrava inserido no mesmo capítulo do artigo 132.º (não cumprindo assim o que n.º 3º desse artigo dispunha).

O Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de Outubro procedeu a uma revisão do CPTA. Entre as várias alterações, destaca-se a revisão do regime do contencioso pré-contratual. A mais importante e significativa novidade da revisão foi sem dúvida o novo artigo 103.º-A, que efetua, finalmente, a compatibilização do nosso ordenamento com as Diretivas ao impor um efeito suspensivo automático às ações de impugnação de atos de adjudicação.

No entanto, houve outras alterações importantes, desde logo o artigo 100.º, n.º 1 que estende o seu âmbito de aplicação finalmente à concessão de serviços públicos, aditamento que se deve à nova Diretiva 2014/23/UE. No que diz respeito à impugnação de documentos conformadores do procedimento passaram a estar regulados num artigo próprio (artigo 103.º).

No entanto, como declara o ponto 5.2 do preâmbulo do Decreto-Lei nº 214-G/2015, a grande novidade desta revisão é a atribuição de um efeito suspensivo automático *ope legis* à ação de impugnação dos atos de adjudicação (artigo 103.º-A, n.º 1).

O legislador foi para além das exigências da Diretiva recurso, prevendo que o efeito suspensivo automático também se aplique nos casos em que já tenha expirado o período de *standstill*, nos casos em que este prazo de *standstill* não se aplique e, muito importante, estendendo o efeito suspensivo à execução do

contrato, caso este já tenha sido celebrado. Há aqui sem dúvida um reforço da tutela jurídica do impugnante (antes tão prejudicado).

No entanto o artigo 103.º-A, n.º 2 prevê a possibilidade de levantamento do efeito suspensivo (incidente de levantamento do efeito suspensivo), não prevendo (propositadamente) nenhum prazo para que este incidente seja suscitado. Neste incidente o réu e/ou os contrainteressados devem invocar e demonstrar que *“o deferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos”*, ou seja, não basta que seja prejudicial para o interesse público (tem de ser gravemente prejudicial) da mesma forma as consequências também têm de ser claramente desproporcionadas (não bastando que sejam apenas desproporcionadas). Na sua decisão o juiz deve fazer uma ponderação entre os danos ou prejuízos e só deve decidir levantar o efeito suspensivo se e só se, concluir que os prejuízos que resultarão da manutenção do efeito suspensivo se mostrem claramente superiores aos prejuízos que possam resultar do seu levantamento (artigo 103.º-A n.º 2 e 4).

Quanto aos efeitos do recurso desta decisão, devemos fazer uma interpretação extensiva do artigo 143.º, n.º 2, alínea b) e considerar que estas decisões terão efeito meramente devolutivo.

Para todos os outros atos que não o de adjudicação, o legislador prevê no artigo 103.º-B a adoção de medidas provisórias. Este regime é bem mais flexível do que o do artigo 103.º-A. Estas medidas podem ser requeridas pelo autor da ação de contencioso pré-contratual ou determinadas oficiosamente pelo juiz. Pretende-se, com este novo mecanismo processual alcançar uma regulação provisória dos interesses envolvidos no litígio que garanta a utilidade do processo principal, evitando o *periculum in mora*. O requerimento destas medidas não tem qualquer efeito suspensivo automático (ao contrario do artigo 103.º-A). A lei prevê expressamente que o pedido de adoção de medidas provisórias é um incidente que corre termos nos autos do próprio processo (artigo 103º-B, nº 2), não fixa prazos a observar, impondo apenas *“o respeito pelo contraditório, em função da complexidade e urgência do caso”*.

Por último, o artigo 103.º-B, n.º 3 in fine, prevê a possibilidade do tribunal decretar uma medida provisória diferente da que foi requerida (aqui também difere do regime do artigo 103.º-A).

Podemos concluir que estas alterações ao CPTA foram muito positivas, esclarecendo algumas dúvidas que se colocavam ao regime do contencioso pré-contratual, e também finalmente compatibilizando o nosso ordenamento com o que já resultava das Diretivas recursos. O nosso legislador foi até mais além do que as exigências da Diretiva, o que levou alguns autores a criticar esta opção. A meu ver contudo, o legislador quis reforçar a tutela jurídica do impugnante, além de que o efeito suspensivo é uma exigência do legislador europeu e mesmo que se tivesse optado por uma suspensão a pedido do autor (que teria assim um direito potestativo a requerer a suspensão) seria sempre muito difícil encontrar um justo equilíbrio entre os diversos valores em jogo.

Em qualquer caso, cumpre assinalar que este novo regime de suspensão automática dos efeitos da adjudicação exige uma nova atitude aos juízes, mas não só, requer também uma nova postura por parte dos diversos intervenientes. Às entidades adjudicantes pede-se que tenham presente este risco de suspensão quando planeiam e preparam os procedimentos de contratação pública e a celebração de novos contratos. Aos candidatos e concorrentes solicita-se que, ainda que pondo em primeiro lugar, sempre, os seus interesses não recorram à Justiça apenas para suspenderem (e prolongarem a suspensão) de contratos, independentemente da sua razão.

Um ponto que assinalo contudo, é que dois anos passados desde a entrada em vigor destas alterações, os resultados no que toca à justiça pré-contratual são ainda insatisfatórios. E isto deve-se sobretudo à demora dos juízes para tomarem decisões²⁷³. Por isso concordo com o professor Mário Aroso de Almeida²⁷⁴, quando este declara que a tutela jurisdicional efetiva no contencioso pré-contratual depende da célere emissão de decisões de mérito e que se poderia ter avançado como em Espanha para a instituição de uma entidade administrativa independente com poderes para-judiciais, que resolvesse de forma célere os litígios neste domínio.

²⁷³ Cf. CABRAL, Margarida Olazabal – *Alterações ao Contencioso Pré-contratual...* op. cit., p.65.

²⁷⁴ Cf. AROSO, Mário Aroso de – *Manual de Processo Administrativo*, 3ª edição, 2017, p. 11.

Bibliografia

- ALMEIDA, Mário Aroso de - *Artigo 128.º do CPTA: realidades e perspectivas*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 93, 2012, pp. 3-8
- ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3ª edição, 2010
- ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4ª edição, 2017
- ALMEIDA, Mário Aroso de; AMARAL, Diogo Freitas do – *Grandes Linhas da reforma do Contencioso Administrativo*, 3ª edição, Almedina 2004
- ALMEIDA, Mário Aroso de - *Manual de Processo Administrativo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016
- ALMEIDA, Mário Aroso de - *Manual de Processo Administrativo*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – *A Justiça administrativa (Lições)*, Coimbra Editora, 7ª edição, Coimbra 2005
- ANDRADE, José Carlos Vieira de - *A Justiça Administrativa (Lições)*, 15ª edição, Almedina, Coimbra, 2016
- ANDRADE, Xavier Codina García - *Tutela judicial y sistema de recursos en la contratación pública inglesa*, Revista de Administración Pública, nº 195, Madrid, septiembre-diciembre (2014), pp. 337-361
- ARROWSMITH, Sue - *EU Public Procurement — an introduction*, 2010
- Ayala, Bernardo Diniz— *A Tutela Contenciosa dos Particulares em Procedimentos de Formação dos Contratos da Administração Pública: Reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio*, Cadernos de Justiça Administrativa, Cejur, n.º 14, Abril/Maio 1999, pp. 3 e ss
- CABRAL, Margarida Olazabal - *Contencioso Pré-contratual: “Alterações ao Contencioso Pré-Contratual”*, colecção formação contínua, Centro de

- estudos judiciais (CEJ), jurisdição administrativa e fiscal, Fevereiro de 2017, pp. 53-65
- CABRAL, Margarida Olazabal - *Processos urgentes principais - em especial, o contencioso pré-contratual*, Cadernos de justiça administrativa, N.º 94 Julho -agosto. 2012, pp. 38-48
 - CADILHA, António - *Contencioso Pré-Contratual*, Revista julgar, nº 23, Maio-Agosto de 2014, pp. 207-220
 - CADILHA, António - *O efeito suspensivo automático da impugnação de atos de adjudicação (artigo 103.º-A do CPTA): uma transposição equilibrada da Diretiva Recursos?*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 119, Setembro/Outubro de 2016, pp. 4-14
 - CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – *Dicionário de Contencioso Administrativo*, Coimbra 2006
 - CALDEIRA, Marco – *As providências cautelares pré-contratuais no projecto de revisão do CPTA*, revista electrónica de Direito Público (E-Pública), número 2, 2014, pp. 1-29
 - CALDEIRA, Marco – *Contencioso Pré-contratual: “o novo contencioso Pré-contratual”*, colecção formação contínua, Centro de estudos judiciais (CEJ), jurisdição administrativa e fiscal, Fevereiro de 2017, pp. 19-50
 - CARANTA, Roberto - *The Comparatist's Lens on Remedies in Public Procurement*, Istituto Universitario di Studi Europei, Working Papers Series European and Comparative Law Issues, 2011, pp. 1-15
 - Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI), 2008/C 91/02.
 - Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos, 2006/C 179/02.
 - CORDEIRO, Maria Ataíde e MELO, Pedro - *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA: “ O regime do contencioso pré-contratual urgente”*,

- coordenação - Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, 2.^a edição, AAFDL, Lisboa, 2016, pp. 671 e ss
- Correia, José Manuel Sérvulo— *Direito do Contencioso Administrativo, Volume I*, Lex, Lisboa, 2005
 - DIAS, Paulo Linhares – *O contencioso pré-contratual no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 12 de Outubro de 2005
 - ESTORNINHO, Maria João – *A propósito do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, e das alterações introduzidas ao regime de contencioso dos contratos da administração pública*, Cadernos de Justiça Administrativa, Cejur, n.º11, Setembro/Outubro 1998, pp. 3 e ss
 - Estorninho, Maria João— *Contencioso dos contratos da Administração Pública, Cadernos de Justiça Administrativa*, Cejur, n.º 24, Novembro/Dezembro 2000, pp. 3-11
 - Estorninho, Maria João - *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2012
 - FONSECA, Isabel Celeste M. - A Directiva (recursos) nº 2007/66/CE : o reforço da efectividade do contencioso pré-contratual: what else? Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, (2008), pp. 49-71
 - Fonseca, Isabel Celeste - *Processo Temporalmente Justo e urgência – Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça administrativa*, Coimbra Editora, 2009
 - GOMES, Pedro Cerqueira - *O Contencioso Pré-Contratual Público Português — Proposta de Revisão à Luz do Direito da União Europeia*, pp. 293-342
 - GONÇALVES, PEDRO - *Avaliação do regime jurídico do contencioso pré-contratual urgente*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 62, Março/Abril de 2007, pp.3 e ss
 - GONÇALVES, Pedro Costa – *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA: “O Regime Jurídico do Contencioso pré-contratual não urgente”*, coordenação – Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, 2.^a edição, AAFDL, Lisboa, 2016, pp. 541-550

- GOUVEIA, Paulo Pereira - *A nova ação administrativa de contencioso pré- contratual*, Revista Julgar, n.º 26, Maio-Agosto de 2015, pp.49
- GOUVEIA, Paulo Pereira – *As Realidades da nova Tutela Cautelar Administrativa*, Cadernos de Justiça Administrativa, cejur, nº 55, Janeiro- Fevereiro, 2006, pp. 3 e ss
- GOUVEIA, Paulo Pereira – *Revisão das “Diretivas Recursos” em Tempos de Crise?*, Revista julgar, nº 23, Maio-Agosto de 2014, pp. 193-206
- *Implementation of the Remedies Directive: OGC Guidance on the 2009 amending, regulations, Part 2: the new rules on the Standstill Period*, Office of Government Commerce, 17 December 2009 pp. 1-18
- Matos, Sara Younis Augusto de - *Do Âmbito da Ação Administrativa Urgente, The Scope of the Urgent Administrative Proceedings*, e-Pública volume1, nº 2 Lisboa Junho 2014, pp. 333-362
- MARTINS, Ana Gouveia - *A Tutela Cautelar no Contencioso Administrativo (Em Especial nos Procedimentos de Formação dos Contratos)*, Coimbra Editora, Dezembro de 2005
- MARTINS, Ana Gouveia – *Os processos urgentes no anteprojeto de revisão do CPTA*, Revista Julgar, nº 23, Maio-Agosto de 2014, p. 167-191
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves - *Comentários à revisão do código dos contratos públicos: “A Invalidade do Contrato no Código dos Contratos Públicos”*, coordenação - Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira, AAFDL, 2017, pp. 815-863
- Muñoz, José Luis Martínez López - *Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública)*, Revista de administración pública, Nº 202, 2017, pp. 13-41
- NEVES, Ana Fernanda Ferreira Pereira - *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA: “Questões de articulação do Código do Procedimento Administrativo com o Código de Processo nos Tribunais Administrativos”*, coordenação - Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2016, pp. 97-135

- NUNES, Adolfo Mesquita – *O Processo Urgente de Contencioso pré-Contratual no Novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2003
- OLIVEIRA, Rodrigues Esteves de — *A tutela “cautelar” ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos*, Cadernos de Justiça Administrativa, nº 115, Janeiro/Fevereiro 2016, pp. 16-26
- OLIVEIRA, Mário Esteves de e Rodrigo Esteves de – *Código de processo nos Tribunais Administrativos, volume I*, 2004
- OLIVEIRA, Mário Esteves de e Rodrigo Esteves de - *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação*, Almedina, Coimbra, 1998
- Relatório da Comissão em 2006- *impact Assessment Report — Remedies in the field of public procurement*²⁷⁵, SEC(2006) 557, 4 de Maio de 2006
- Remedies - public procurement Brief 12, SIGMA, OECD, January 2011, pp. 1-7
- SILVA, Duarte Rodrigues - *O Levantamento Do Efeito Suspensivo Automático no Contencioso Pré-Contratual*, cadernos Sérvulo, de contencioso Administrativo e arbitragem, Janeiro de 2016, pp. 3-13
- SILVA, Vasco Pereira da – *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2ª edição, 2009
- SWAN, Collin D. - *Lessons from across the pound: comparable Approaches to balancing contractual efficiency and accountability in the U.S. bid protest and european procurement Review systems*, Public Contract Law Journal ,Vol. 43, nº1, May 30, 2013, pp. 29-56
- TREUMER, Steen - *Towards an Obligation to Terminate Contracts Concluded in Breach of the EC Public Procurement Rules: The End of the Status on Concluded Public Contracts as Sacred Cows*”, in Public Procurement Law Review, 2007, pp. 371-386
- VIANA, Cláudia - *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA: “A conformação do processo administrativo pelo Direito da União Europeia:*

²⁷⁵Disponível em:

http://ec.europa.eu/smartregulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2006/sec_2006_0557_en.pdf

o caso paradigmático da cláusula de standstill nos contratos públicos”, coordenação – Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, 2.^a edição, AAFDL, Lisboa, 2016, pp. 131-154

Legislação

- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁷⁶ - versão consolidada, disponível no Jornal Oficial da União Europeia, C 202, 7 de Junho de 2016, pp. 389 e ss
- Código Civil²⁷⁷ – aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro, versão atualizada
- Código de Processo nos Tribunais Administrativos²⁷⁸ (CPTA) - aprovado pela Lei n.º. 15/2002, de 22 de Fevereiro, versão atualizada
- Código do Procedimento Administrativo²⁷⁹ - aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro
- Código do Processo Civil²⁸⁰ – aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, versão atualizada
- Código dos Contratos Públicos²⁸¹ - aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, versão atualizada
- Constituição da República Portuguesa²⁸² - aprovada pelo Decreto de 10/04 de 1976, versão atualizada
- Decreto-Lei n.º 129/84 de 27 de Abril²⁸³ (aprovou o anterior ETAF)
- Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio²⁸⁴
- Decreto-Lei n.º 267/85, de 15 de Julho²⁸⁵ (LPTA)

²⁷⁶Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=480&tabela=leis
<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=OJ%3AC%3A2016%3A202%3ATOC>.

²⁷⁷Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

²⁷⁸Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=439&tabela=leis

²⁷⁹Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis

²⁸⁰Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis

²⁸¹Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=2063&nversao=&tabela=leis

²⁸²Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis

²⁸³Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/655081/details/maximized?perPage=25&sort=whenSearchable&q=Lei+n.º%2010%2F97&sortOrder=ASC%2Fen%2Fen%2Fen%2Fen>

²⁸⁴Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/522379/details/normal?p_p_auth=BISa1zyu

- Decreto-Lei 442/91, de 15 de Novembro²⁸⁶ (aprovou o anterior CPA)
- Diretiva n.º 89/665/CEE, de 21 de Dezembro de 1989²⁸⁷, versão consolidada
- Diretiva n.º 92/13/CEE, de 25 de Fevereiro de 1992²⁸⁸, versão consolidada
- Diretiva n.º 2007/66/CE, de 11 de Dezembro²⁸⁹
- Diretiva n.º 2014/23/UE, de 24 de Fevereiro de 2014²⁹⁰
- Diretiva n.º 2014/24/UE, de 24 de Fevereiro de 2014²⁹¹
- Diretiva n.º 2014/25/UE, de 24 de Fevereiro de 2014²⁹²
- Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais²⁹³ (ETAF) – aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro
- Regime Jurídico da Urbanização e Edificação²⁹⁴ (RJUE) – aprovado pela Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, versão atualizada
- Tratado da União Europeia
- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

Jurisprudência Nacional²⁹⁵

- Acórdão do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (TAF do Porto), de 18 de Novembro de 2016, processo n.º 01237/16.6BEPRT-A
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA-sul) de 17 de Setembro de 2009, Processo n.º 4800/09

²⁸⁵ Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/183443/details/maximized?perPage=50&sort=whenSearchable&q=Lei+n.º%2010%2F97&sortOrder=ASC>

²⁸⁶ Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=480&tabela=leis

²⁸⁷ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:01989L0665-20140417&from=EN>

²⁸⁸ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:01992L0013-20140417&from=EN>

²⁸⁹ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32007L0066>

²⁹⁰ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0023>

²⁹¹ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>

²⁹² Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=OJ%3AJOL_2014_094_R_0243_01

²⁹³ Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=418&tabela=leis

²⁹⁴ Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=625&tabela=leis

²⁹⁵ Disponíveis em - www.dgsi.pt.

- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA-Sul), de 14 de Julho de 2016, processo n.º 13444/16
- O Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA-sul) de 24 de Novembro de 2016, processo n.º 919/16.7BELSB
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA-Sul) de 24 de Novembro de 2016, processo n.º 13747/16
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA Sul) de 15 de Dezembro de 2016, processo n.º 212/16.5BEFUN
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 3 de Setembro de 2003, processo nº 1392/03
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 20 de Março de 2007, processo nº 01191/06
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 3 de Outubro de 2013, Processo nº 0829/13
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 1 de Outubro de 2015, processo n.º 12453/15
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 12 de Novembro de 2015, processo n.º 01018/15

Jurisprudência TJUE²⁹⁶

- Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) 28 de Outubro de 1999, processo C-81/98
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) 24 de Junho de 2004, processo C-212/02
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 28 de Janeiro de 2010, processo C-406/08
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 11 de Dezembro de 2014, Processo C-440/13

²⁹⁶ Disponíveis in www.curia.eu.

- Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 6 de Outubro de 2015, processo C-203/14
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Oitava Secção) de 7 de Setembro de 2016, processo C-549/14
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 15 de Setembro de 2016, processos apensos C-439/14 e C-488/14,
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 14 de Dezembro de 2016, processo C-171/15
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 5 de Abril de 2017, processo C-391/15
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Oitava Secção) de 11 de Maio de 2017, processo C-131/16